

Die Rechtshängigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
PETER OSTERWALDER
von Gaiserwald und Waldkirch/SG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder



Juris Druck + Verlag Zürich
1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Rechtshängigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

PETER OSTERWALDER
von Gaiserwald und Waldkirch/SG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder



Juris Druck + Verlag Zürich
1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Februar 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. Gerold Hauser



ISBN 3 260 04912 6

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. H.U. Walder herzlich danken für das Interesse, das er mir für meine Arbeit entgegengebracht hat sowie für die Freiheit, die er mir bei der Bearbeitung meines Themas gewährt hat.

Mein Dank gilt auch meinem Vater, RA Dr. Max Osterwalder, für seine tatkräftige Unterstützung.



Gewidmet

meinen Eltern

und

meiner Frau

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	X
Rechtsquellenverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XVI
1. TEIL	
BEGRIFF UND WESEN DER RECHTSHAENGIGKEIT	3
§ 1 Wesen und Ausgestaltung der Rechtshängigkeit	3
I. Allgemeines	3
II. R. als konstruiertes Institut	4
III. R. als zeitlich begrenzte Eigenschaft des Rechtsstreites	5
1. R. in ihrer Eigenschaft als Zustand in zeitlicher Hinsicht	5
2. R. als Schwebe-Zustand	6
3. Die zeitliche Begrenzung	6
§ 2 Begriff der Rechtshängigkeit	8
I. Fehlen von Legaldefinitionen	8
II. Die Literatur	8
III. Definition auf Grund der schweizerischen Zivilprozess- ordnungen	11
2. TEIL	
BEGINN, DAUERZUSTAND UND ENDE DER RECHTSHAENGIGKEIT	12
§ 3 Eintritt der Rechtshängigkeit nach den schweizerischen Prozess- ordnungen	12
I. Allgemeines	12
II. Abgrenzung zwischen Anhängigmachung und Klageanhebung	13
III. Zeitpunkt des Eintritts der R.	16
1. Eintritt für Prozesse mit vorausgehendem Sühnverfahren	17
a) Eintritt zu Beginn des Sühnverfahrens	18
b) Eintritt am Ende des Sühnverfahrens	20
c) Eintritt vor dem erkennenden Gericht	24
2. Eintritt für Prozesse ohne vorausgehendes Sühnverfahren	26
3. Eintritt für die Widerklage	27

IV. Voraussetzungen für den gültigen Eintritt der R.	32
1. Prozessvoraussetzungen	32
2. Ordnungsmässige Anhängigmachung	32
§ 4 Der Dauerzustand der Rechtshängigkeit	35
I. Grundsatz	35
II. Die Reform	35
III. Ausserordentlicher Unterbruch der R.	35
§ 5 Das Ende der Rechtshängigkeit	37
I. Grundsätzliche Beendigung durch rechtskräftige Erledigung des Prozesses	37
II. Besonderheiten	40
A. Prozesserledigung durch Parteidisposition	41
1. Zur Klageanerkennung	41
2. Zum Klageverzicht und Klagerückzug	42
3. Vergleich	51
4. Teilweise Prozesserledigung durch Parteidisposition	53
B. Verfall der Weisung	53
C. Prozessverjährung	54
3. TEIL	
DIE ZIVILPROZESSUALEN WIRKUNGEN DER RECHTSHAENGIGKEIT	55
§ 6 Die Wirkungen der Rechtshängigkeit im allgemeinen	55
1. ABSCHNITT: Fixierende Wirkungen	58
§ 7 Die Fixierung der Parteien	58
I. Grundsatz	58
1. Die Parteifixierung im allgemeinen	58
2. Der Beginn der Parteifixierung	59
II. Ausnahmen	60
1. Gesamtnachfolge während des Prozesses	61
2. Konkurs einer Prozesspartei	62
3. Einzelnachfolge während des Prozesses	64
4. Entmündigung während des Prozesses	67

§ 8 Die Fixierung der Gerichtszuständigkeit	68
I. Grundsatz	68
II. Oertliche Zuständigkeit	70
III. Sachliche Zuständigkeit	76
IV. Funktionelle Zuständigkeit	85
§ 9 Auswirkungen auf die Klage	87
I. Allgemeines	87
II. Die Aenderung der Klage	88
1. Die Klage	88
2. Aenderung	89
III. Die Individualisierung der Klage	90
1. Die genaue Parteibezeichnung	90
2. Das Rechtsbegehren	91
3. Der Klagegrund	92
IV. Klageänderungsverbot und R.	93
1. Das Klageänderungsverbot nach den einzelnen Prozess-	
gesetzen	93
2. Das Klageänderungsverbot in Relation zur R.	97
2. ABSCHNITT: Pflichten oder Lasten begründende Wirkungen	101
§ 10 Auswirkung auf den Streitgegenstand	101
I. Problematik	101
II. Das Verbot der Veränderung des Streitgegenstandes	103
1. Begriffliches	103
a) Der Streitgegenstand	104
b) Die Veränderung	104
2. Kantonale Regelungen	105
3. Sanktion	107
4. Beginn und Dauer	110
III. Zusammenfassung	111
§ 11 Die Bindung der Parteien an den Prozess	112
I. Begriff und Bedeutung der Prozessgebundenheit	112

1. Begriff	112
2. Bedeutung	112
II. Prozessgebundenheit und R.	114
1. Prozessgebundenheit aufgrund drohender Säumnisfolgen	114
a) während des Verfahrens vor der Sühninstanz	114
b) während des Verfahrens vor dem ordentlichen Richter	116
2. Prozessgebundenheit aufgrund vorzeitiger Prozesserledigung durch Parteidisposition	117
a) Klageanerkennung	117
b) Gerichtlicher Vergleich	118
c) Klagerückzug	119
3. Folgerung	123
3. ABSCHNITT: Rechte begründende Wirkungen	124
§ 12 Die Ausschlussmöglichkeit weiterer gleichgerichteter Prozesse	124
I. Allgemeines	124
II. Zweck des Ausschlusses	125
III. Voraussetzungen des Ausschlusses	126
A. R., Priorität und Zuständigkeit	126
B. Identität	127
IV. Beginn der Ausschlussmöglichkeit	128
V. Beurteilung der Zulässigkeit	131
1. Beurteilung in formeller und materieller Hinsicht	131
2. Priorität	132
3. Interkantonale und internationale Berücksichtigung der R.	133
a) Gegenseitige Anerkennung und Vollstreckbarkeit	133
b) Besonderheit bezüglich der Prioritätsbestimmung	134
§ 13 Widerklage, Haupt- und Nebenintervention, Streitverkündung	136
I. Allgemeines	136
II. Die Widerklage	136
III. Die Hauptintervention	140
IV. Die Nebenintervention	142
V. Die Streitverkündung	145

4. ABSCHNITT: Oeffentliche Pflicht begründende Wirkung	148
§ 14 Die Pflicht des Gerichts, über die Klage zu entscheiden	148
I. Allgemeines	148
II. Die obligatorische Tätigkeit der Gerichte	149
1. Rechtsgrundlage	149
2. R. und Richterpflicht zur Rechtsanwendung	151

ANHANG

Tabelle I: Beginn der Rechtshängigkeit in Prozessverfahren ohne vorausgehendes Sühnverfahren	154
Tabelle II: Beginn der Rechtshängigkeit in Prozessverfahren mit vorausgehendem Sühnverfahren	155
Tabelle III: Uebersicht betr. die in den einzelnen Gesetzen aus- drücklich erwähnten Wirkungen der Rechtshängigkeit	156

LITERATURVERZEICHNIS

- Baumgärtel/Mes Gottfried Baumgärtel/Peter Mes: Kriterien zur Abgrenzung von Parteiüberichtigung und Parteiwechsel, abgedruckt in Festschrift für Schnorr und Carolsfeld, 1972
- Bernhardt Wolfgang Bernhardt: Das Zivilprozessrecht, 3.A., Berlin 1968
- Bischofberger Walter Bischofberger: Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1973
- Böckli Otto Böckli: Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau, Komm., Frauenfeld 1930
- Bötticher Ed. Bötticher: Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, Berlin 1930
- Brosset Georges Brosset: Die Rechtshängigkeit, SJK Nr. 602, 1956
- Burckhardt
(Einführung) Walther Burckhardt: Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939
- Burckhardt
(Organisation) Die Organisation der Rechtswissenschaft, 2.A., Zürich 1944
- Deschenaux/Castella Henri Deschenaux/Jean Castella: La nouvelle Procédure Civile Fribourgeoise, Freiburg 1960
- Domenig Johannes Ernst Domenig: Die Verhütung widersprechender Zivilurteile insbesondere durch den Gerichtsstand des Sachzusammenhanges, Diss. Zürich 1954
- Favey/Junod Jean Favey/Philippe Junod: Code de Procédure Civile Vaudois annoté, Lausanne 1959
- Fleiner/Giacometti Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1969
- Frei Hans Jürg Frei: Die selbständige und unselbständige Nebenintervention im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel, abgedruckt im Jahrbuch der Basler Juristenfakultät, 1949
- Fritzsche Hans Fritzsche: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2.A., Zürich 1967/68, 2 Bde., Nachdruck 1975
- Fürst Hans Fürst: Beitrag zur Lehre vom Prozessvergleich im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Prozessrechts, Diss. Zürich 1927
- Gautschi Hans Gautschi: Verrechnungseinrede und Widerklage im schweizerischen Prozessrecht, Diss. Bern 1946
- Goepfert Peter Goepfert: Der Eintritt der Rechtshängigkeit nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, abgedruckt in BJM 1963 S. 93 ff.

- Grunsky
(Verfahrensrecht) Wolfgang Grunsky: Grundlage des Verfahrensrechts, 2.A., Bielefeld 1974
- Grunsky
(Veräusserung) Wolfgang Grunsky: Die Veräusserung der streitbefangenen Sache, Tübingen 1968
- Guldener
(2.A.) Max Guldener: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2.A., Zürich 1958, plus Supplement II., 1964
- Guldener Max Guldener: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., Zürich 1979
- Guldener
(Bundesprivatrecht) Max Guldener: Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, abgedruckt in ZSR 80 II S. 1 ff.
- Guldener
(IZR) Max Guldener: Internationales und interkantonales Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, Supplement 1959
- Guldener
(Klageänderung) Max Guldener: Klage- und Anklageänderung im zürcherischen Recht, Festschrift für Prof. Dr. H.F. Pfenninger, Zürich 1956
- Guldener
(Dispositives Recht) Max Guldener: Ueber dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischem Betreibungsrecht, abgedruckt in ZSR 65 S. 185 ff.
- Habscheid Walther Habscheid: Droit Judiciaire Privé Suisse, Genf 1975
- Hauser Robert Hauser: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Gerichtsverfassungsrechts, abgedruckt in Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, 1975
- Helg Robert Helg: Die Rechtshängigkeit und ihre Wirkungen im thurgauischen Zivilprozess, Diss. Winterthur 1960
- Hellwig
(System) Konrad Hellwig: System des Deutschen Zivilprozessrechts, Bde. I und II, Leipzig 1912/1919
- Hellwig Konrad Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Bde. I und II, Leipzig 1903
- Hess Lothar Hess: Die Klageänderung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1956
- Heusser Jakob Heusser: Die Klageänderung im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1924
- Hochuli Willy Hochuli: Die Begründung der Klage, Diss. Zürich 1942
- Holzhammer Richard Holzhammer: Oesterreichisches Zivilprozessrecht, 2.A., Wien 1976
- Jaeger C. Jaeger: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Komm., 3.A., Zürich 1911

- Ilg Roland Ilg: Heilung fehlerhafter Klageeinleitung durch Rückbeziehung des Eintritts der R., durch Prozessüberweisung sowie insbesondere durch Restitution auf dem Wege der analogen Anwendung von Art. 139 OR, Diss. Zürich 1968
- Kehl Robert Kehl: Ist die Aenderung des Klagegrundes nach § 127 Ziff. 1 der zürcherischen ZPO verboten?, ZSR 70 S. 61
- Keller August Keller: Beiträge zur Lehre von der Widerklage, Diss. Zürich 1940
- Keller/Pfisterer Gottfried Keller/Markus Pfisterer: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau, Komm., 3.A., Aarau 1947
- Kirsch Naftali Kirsch: Die Hauptintervention und ihre Ausgestaltung in den schweiz. kantonalen Zivilprozessordnungen, Diss. Zürich 1935
- Kisch Wilhelm Kisch: Parteiänderung im Zivilprozess, München 1912
- Kleinfeller Georg Kleinfeller: Das Wesen der Rechtshängigkeit, in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess (ZZPr), Bd. 55 S. 193 ff. und Bd. 56 S. 129 ff.
- Kummer Max Kummer: Grundriss des Zivilprozessrechts, 3.A., Bern 1978
- Kummer (Klagerecht) Max Kummer: Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954
- Kupfer Hans Kupfer: Die Veräusserung des Streitobjektes während des Prozesses im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1945
- Leuch Georg Leuch: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Komm., 3.A., Bern 1956
- Limburg Edgar Limburg: Prozessvorbeugung durch das Friedensrichteramt, Diss. Zürich 1925
- Lutz Oskar Lutz: Gesetz über die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen, Komm., 2.A., St. Gallen 1967
- Mattmann Fritz Mattmann: Die Anspruchs- und Klageverwirkung aus prozessualen Gründen in den schweizerischen Zivilprozessgesetzen, Diss. Freiburg 1963
- Meili F. Meili: Das internationale Civilprozessrecht, Zürich 1906
- Popper Sigismund Popper: Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit nach zürcher. Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1920
- Roduner Ernst Roduner: Die Organisation der Zivilgerichte im Kanton Aargau, Diss. Zürich 1974
- Rosenberg/Schwab Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab: Zivilprozessrecht, 13.A., München 1981

- Schalch Hans Schalch: Die Prozessverweisung im deutschen und im zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1953
- Schauwecker Hans Schauwecker: Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht, Zürich 1943
- Schläfli Hans Schläfli: Die Sicherstellung gefährdeter Beweise nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1946
- Schönke/Kuchinke Adolf Schönke/Kurt Kuchinke: Zivilprozessrecht, 9.A., Karlsruhe 1969
- Sohm Rudolf Sohm: Die litiscontestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart, München/Leipzig 1914
- Sohm/Mitteis/Wenger Rudolph Sohm/Ludwig Mitteis/Leopold Wenger: Institutionen des römischen Rechts, 17.A., München/Leipzig 1933
- Stein/Jonas F. Stein/M. Jonas/R. Pohle: Kommentar zur Zivilprozessordnung, bearbeitet von Grunsky/Leipold/Münzberg/Schlosser/Schumann, 19./20.A., Tübingen 1972/78
- Sträuli/Hauser Hans Sträuli/Willy Hauser: Zürcherische Rechtspflege-gesetze, Bd. II, Zivilprozessordnung, Komm., 2.A., Zürich 1939
- Sträuli/Messmer Hans Sträuli/Georg Messmer/Felix Wiget: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976
- Ulrich Theodor Ulrich: Die Gebundenheit des Klägers an den angehobenen Prozess im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1945
- Vogel Hans Vogel: Die Streitverkündung im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1922
- Walder (Prozesserledigung) Hans Ulrich Walder-Bohner: Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966
- Walder (Zivilprozess) Hans Ulrich Walder-Bohner: Der neue Zürcher Zivilprozess, 2.A., Zürich 1979
- Weber Hans Rudolf Weber: Die Rechtshängigkeit und ihre Wirkungen im bündnerischen Zivilprozess, Diss. Chur 1959
- Weibel H. Weibel: Der Eintritt der Rechtshängigkeit in Prozessen mit Sühnverfahren im Kanton Basel-Landschaft, BJM 1966 S. 105
- Wenger Leopold Wenger: Institutionen des römischen Zivilprozessrechts, München 1925
- v. Wyss Karl v. Wyss: Die Widerklage mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Zivilprozessgesetze, Diss. Zürich 1906

Weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen zum Text.

Uebersicht über die RECHTSQUELLEN betreffend den schweizerischen Zivilprozess

Bund:	- Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundes- zivilprozess (BZPO). - Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG).
Zürich:	Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976.
Bern:	Zivilprozessordnung vom 7. Juli 1918.
Luzern:	Zivilprozessordnung vom 28. Januar 1913.
Uri:	Zivilprozessordnung vom 29. März 1928.
Schwyz:	Zivilprozessordnung vom 25. Oktober 1974.
Obwalden:	Zivilprozessordnung vom 9. März 1973.
Nidwalden:	Zivilprozessordnung vom 11. Juli 1970.
Glarus:	Zivilprozessordnung vom 2. Mai 1965.
Zug:	Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940.
Freiburg:	Zivilprozessordnung vom 28. April 1953.
Solothurn:	Zivilprozessordnung vom 11. September 1966.
Basel-Stadt:	Zivilprozessordnung vom 8. Februar 1875.
Basel-Land:	Zivilprozessordnung vom 20. Februar 1905/21.
Schaffhausen:	Zivilprozessordnung vom 3. September 1951.
Appenzell A.-Rh.:	Zivilprozessordnung vom 24. April 1955.
Appenzell I.-Rh.:	Zivilprozessordnung vom 24. April 1949.
St. Gallen:	Zivilprozessordnung vom 20. März 1939.
Graubünden:	Zivilprozessordnung vom 20. Juni 1954.
Aargau:	Zivilprozessordnung vom 12. März 1900.
Thurgau:	Zivilprozessordnung vom 19. Oktober 1926.
Tessin:	Codice di procedura civile del 17 febbraio 1971.
Waadt:	Code de procédure civile du 14 décembre 1966.
Wallis:	Zivilprozessordnung vom 22. November 1919.
Neuenburg:	Code de procédure civile du 7 avril 1925.
Genf:	Loi de procédure civile du 13 octobre 1920.

Der Kürze halber werden die Zivilprozessordnungen in den Anmerkungen nur mit dem Namen des betreffenden Kantons bzw. des Bundes und der Zahl des zitierten Artikels oder Paragraphen angeführt.

Bezüglich einer detaillierten Aufstellung betr. A e n d e r u n g e n d e r e i n z e l n e n G e s e t z e sei verwiesen auf Guldener S. XXVII - XXXIX sowie Walder, Zivilprozess S. XXVI - XXXVI.

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Bd./Bde.	Band/Bände
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (der Bundesrepublik Deutschland)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BZPO	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (Bundeszivilprozessordnung)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877
E.	Erwägung
ev.	eventuell
f., ff.	und nächstfolgende Seite(n) und nächstfolgende(r) Artikel/Paragraph(en)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Jh.	Jahrhundert
insb.	insbesondere
Komm.	Kommentar
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
Max.	Maximen (Entscheidungen) des Obergerichts des Kantons Luzern und seiner Kommissionen
m.E.	meines Erachtens
N.	Note, Anmerkung

Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911.
Prot.	Protokoll
R.	Rechtshängigkeit
RB	Rechenschaftsbericht
s.	siehe
S.	Seite(n)
SJ	Semaine Judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SchlT	Schlusstitel
sog.	sogenannt (-er, -e, -es)
u.a.	unter anderem/und andere
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Weisung	Erläuterung zum Entwurf der neuen Zürcher ZPO, Antrag des Regierungsrates vom 19. August 1971, Amtsblatt 1971, Bd. II, S. 1883 ff..
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung (kantonale)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZZPr	Zeitschrift für (deutschen) Zivilprozess, herausgegeben von Schultzenstein & Vierhaus (Köln, Berlin, Bonn und München)

1. TEIL

B E G R I F F U N D W E S E N D E R R E C H T S H A E N G I G K E I T

§ 1 W E S E N U N D A U S G E S T A L T U N G D E R R E C H T S H A E N G I G K E I T

I. A l l g e m e i n e s

Rechtshängigkeit (R.) ist ein in deutschsprachigen Ländern allgemein gebräuchlicher Begriff des Prozessrechts und der Literatur. Folgende gleichbedeutende Ausdrücke sind anzutreffen: Litispendenz, litispendenza (ital.), litispendance (franz.), Streithängigkeit, Streitanhängigkeit, Litigiosität, Gerichtshängigkeit¹.

Der Name Litispendenz lässt vermuten, er sei römischen Ursprungs. Dies ist jedoch nicht der Fall. Einige Wirkungen der heutigen R. waren allerdings schon den Römern bekannt als Folge der litiscontestatio (Kriegs- oder Streitbefestigung²).

Auch in der frühen schweizerischen und deutschen Rechtsgeschichte tritt die R. nicht in Erscheinung. Erst im 15. und v.a. im 16. Jh. beginnt sich diese Begriffsbildung abzuzeichnen³. Im Laufe der Zeit hat sich dann die R. als unumgänglicher Bestandteil der Prozessordnungen durchgesetzt. Die Vielfalt der letzteren, wie vor allem in der föderalistischen Schweiz, hat eine einheitliche Entwicklung vereitelt, was sich schon rein äusserlich in der verschiedenen Begriffsverwendung manifestiert.

1 R. und Gerichtshängigkeit werden in Oesterreich auseinandergehalten (vgl. Holzhammer S. 189 f.).

2 S. Wenger S. 170 ff.; Seidl, Erwin, Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht, Bonn 1962, S. 176 N. 444 ff.. Noch im 16. Jh. war die römische litiscontestatio von erheblicher Bedeutung. Eine ihrer Wirkungen überlebte z.B. im Verbot der Veräusserung des Streitgegenstandes (der res litigiosa); allerdings wird heute die Veräusserung nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen untersagt (unten § 10).

3 Kleinfeller, ZZPr 55 S. 193 f..

Bemerkenswert ist, dass alle Zivilprozessordnungen die R. in irgendeiner Form in ihr System einbauten. Daraus lässt sich schliessen, dass allerorts

1. ein konkretes Bedürfnis nach einem solchen Institut besteht,
und
2. durchwegs die gleiche Idee diesem Institut zu Grunde liegt⁴.

II. R. als konstruiertes Institut

Anstoss für die Schaffung des Instituts der R. waren einestheils Wirkungen, für die, obwohl sie zu grundsätzlich überholten Institutionen gehörten⁵, ein Bedürfnis da war, und anderenteils Wirkungen, die sich durch die prozessrechtliche Entwicklung neu aufdrängten⁶. Allen diesen Wirkungen ist gemeinsam, dass sie einen ungestörten und geordneten Ablauf des Prozesses gewährleisten sollen. Der gemeinsame, gleiche "Rahmen"-Zweck dieser Wirkungen drängt nun einen gemeinsamen Entstehungsgrund geradezu auf.

Da die Prozessordnungen bis zum 15. Jh. keine diesbezüglich geeignete Einrichtung kannten, musste eine neue konstruiert werden. Dabei wurde sehr unterschiedlich vorgegangen. Und besonders in der verschiedenen gehandhabten Zusammenfassung dieser zweckverwandten Wirkungen liegt der Grund, weshalb die R. in den Prozessordnungen Unterschiede aufweist; ausserdem treten auch Abweichungen in ihrer zeitlichen Beschränkung auf⁷.

4 Popper S. 16 III: "Die R. ... ist etwas rein Ideelles...".

5 Das geltende Prozessrecht kennt die römische Litiskontestation nicht mehr. Vgl. aber oben in N. 2 ein Beispiel eines Ueberbleibels einer Wirkung der litiscontestatio.

6 Z.B. dass ein zweiter, gleichgerichteter Prozess schon während des Verfahrens über den ersten Prozess - und nicht erst nach dessen Erledigung - als unzulässig erklärt werden muss (vgl. unten § 12).

7 Im Kanton Graubünden beginnt die R. z.B. schon am Anfang des Sühnverfahrens; die Mehrheit der schweizerischen Prozessordnungen lässt die R. jedoch erst in einem späteren Zeitpunkt entstehen. (Näheres dazu unten im zweiten Teil, vgl. auch im Anhang Tab. II).

Vom Gesichtspunkt des gleichen "Rahmen"-Zwecks ihrer Wirkungen aus ist also die R. zu verstehen, und nur darum hat sie eine prozessrechtliche Existenzberechtigung. So schreibt auch Guldener⁸: "Die R. besteht in der Befestigung gewisser Grundlagen des Prozesses, (es folgen die Wirkungen der R.).....".

Die R. ist somit ein formaljuristisches Institut, das als Ursache von zweckverwandten Wirkungen, die nämlich alle die Gewährleistung eines ungestörten und geordneten Prozessablaufes im Auge haben, konstruiert wurde.

III. R. als zeitlich begrenzte Eigenschaft des Rechtsstreites

1. R. in ihrer Eigenschaft als Zustand in zeitlicher Hinsicht

Jeder Zustand charakterisiert sich durch eine zeitliche Komponente; begriffsnotwendig ist ihm eine gewisse Zeitspanne zugehörig. Dass sich die R. über eine gewisse zeitliche Dauer erstreckt, mag kurz aus folgendem ersichtlich sein:

- a) Sprachlich entwickelte sich das Suffix "-keit" aus dem Althochdeutschen "-heit" = Stand (Zustand). Mit dieser Endung wird dem Wortsinn eine Zeitdauer beigelegt⁹.
- b) R. bedeutet ja auch, ein prozessuales Verfahren sei im Gange. Jeder Prozess erstreckt sich aber notgedrungenenerweise über eine mehr oder weniger lange zeitliche Spanne. Denn der richterliche Entscheid über eine streitige Rechtslage kann nicht schon im Zeitpunkt erfolgen, in welchem der Kläger den Rechtsstreit vor den Richter trägt; er muss vielmehr abgewartet werden. Somit ist der Begriff R. untrennbar mit einem zeitlichen Moment verhaftet¹⁰.

8 Guldener S. 230 f.

9 Popper S. 13 A.

10 U.a. hebt Hellwig in seiner Definition der R. die Zustandsqualität sowie das zugehörige zeitliche Moment folgendermassen hervor: "R. ist der prozessuale, eine gewisse Dauer in sich tragende Zustand der Anhängigkeit des Prozesses über den eingeklagten Anspruch". (Hellwig, System § 127 S. 357).

2. R. als Schwebe-Zustand

In der Literatur wird die R. nicht selten durch den Ausdruck "Schwebe-Zustand" umschrieben¹¹; der Beck'sche Kurzkomentar¹² spricht von "Schweben eines Streits im Urteilsverfahren", von Schweben in einem prozessualen Verfahren. Mit dem Wort "Schweben" wollen die Autoren auf eine gewisse Instabilität hinweisen.

Diese Umschreibung ist zutreffend. Die Bezeichnung des Zustandes der R. als "hängend" (Rechts-h ä n g i g k e i t) oder eben als "schwebend" ver-sinnbildlicht, dass über die eingeklagten Rechtsansprüche (und Gegenansprüche) noch Ungewissheit besteht: der Rechtsstreit befindet sich in der Schwebe. Der dem Ausdruck "Schweben" anhaftenden Instabilität entspricht die Rechtsungewissheit des Zustandes der R..

3. Die zeitliche Begrenzung

Wie eben erwähnt ist einem Prozess immanent, dass während des Verfahrens (des *procedere*,) n o c h Ungewissheit über die im Streite liegende Rechtslage herrscht. Besteht diese Ungewissheit an sich auch schon vorher, so wird dieser Zustand doch hervorgehoben während der Zeit, die der Richter zur Festlegung der auf den konkreten Einzelfall zutreffenden Rechtslage benötigt. Diese Z e i t d e r R e c h t s u n g e w i s s h e i t v o r G e r i c h t, beginnend mit dem Gesuch um richterliche Rechtsfindung und endend mit der richterlichen, autoritativen Rechtsfestlegung, ist die Rechtshängigkeit. Die R. ist also ein Attribut des Rechtsstreites, das effektiv wird, sobald dieser zur Austragung vor Gericht gebracht wird, und mit der rechtskräftigen Erledigung endet. Während dieses Zeitraumes treten verschiedene Rechtswirkungen - als Folge der R. - in Kraft, damit den Parteien keine Unbilligkeiten widerfahren sollen und dem Richter überhaupt möglich wird, den Entscheid zu finden.

11 So z.B. bei Popper S. 13 und 15 II.

12 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, Komm., 39.A., München 1981 S. 580, § 261 1) A..

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die R. mit ihren Wirkungen temporär begrenzt wird durch den prozessrechtlich geregelten Verfahrensablauf vor Gericht.

§ 2 BEGRIFF DER RECHTSHAENGIGKEIT

I. F e h l e n v o n L e g a l d e f i n i t i o n e n

R. ist ein Begriff, der in dieser oder äquivalenter Form (s. oben § 1 I.) allen schweizerischen Zivilprozessordnungen, mit Ausnahme derjenigen des Kantons Genf, bekannt ist. Trotzdem fehlt merkwürdigerweise jegliche Legaldefinition¹. Vielmehr sprechen die Gesetze fast ausnahmslos von den Wirkungen der R.. Das darf jedoch nicht dazu verleiten, die vom Gesetz genannten Wirkungen unter dem Ausdruck R. zusammenzufassen (so u.a. Stein-Jonas² und Fischer³). Ursache und Wirkungen sind, auch wenn sie durch die Kausalkette miteinander verbunden sind, verschiedene Faktoren und als solche auseinanderzuhalten.

Im Gegensatz zu den Gesetzgebern beschäftigt sich die Doktrin schon seit geraumer Zeit damit, den Begriff R. zu klären. Die Vielzahl von Prozessordnungen mit ihren verschiedenen Strukturen und Entwicklungen erschwert aber diese Aufgabe ausserordentlich. Im folgenden Abschnitt werden in Kürze unterschiedliche Lösungen anhand einiger Beispiele aus der Literatur aufgezeigt.

II. D i e L i t e r a t u r

Der Gedanke, die R. als einen Zustand aufzufassen (s. oben § 1 III. 1. und 2.), liegt den meisten Umschreibungen in der Literatur zugrunde. So schreibt Hellwig⁴ vom "prozessualen Zustand", Helg⁵ von "einem Zustand, indem sich ein Rechtsstreit während der Zeit befindet, da ein Gerichtsverfahren über den zur Entscheidung vorgelegten Anspruch läuft...", oder Walder⁶ von

1 So auch u.a. in Deutschland und Oesterreich.

2 Stein/Jonas, Komm. zur Zivilprozessordnung, 19. A., Tübingen 1972 § 263 I.

3 Fischer, Otto, Lehrbuch des deutschen Zivilprozess- und Konkursrechts, Berlin 1918 S. 204 f..

4 Hellwig, System § 1 27 I S. 357.

5 Helg S. 2.

6 Walder, Zivilprozess S. 291.

"einem ganz bestimmten Zustand, der mit einem bestimmten Zeitpunkt eintritt".

Kummer⁷ und Goldschmidt⁸ sprechen davon, dass eine "Klage bzw. Anspruch der gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung unterbreitet ist", und ähnlich Rosenberg/Schwab⁹ von einer "tatsächlichen Existenz eines Urteilverfahrens über einen prozessualen Anspruch".

Entgegen der Ansicht von Helg¹⁰ hat sich Guldener¹¹ m.E. einer Definierung der R. enthalten. Seine Ausführungen sind einerseits von der Zweckmässigkeit der R. an sich und andererseits von deren Wirkungen aus zu verstehen.

Einzelne Definitionen können für sich nicht Allgemeingültigkeit beanspruchen, weil sie Bezug auf eine ganz bestimmte Zivilprozessordnung nehmen mit ihrer eigenen Struktur. Vertretbar in diesem Sinne ist für den (alten) zürcherischen Zivilprozess die Fassung von Popper¹², die R. sei "ein von der ZPO aus Zweckmässigkeitsgründen als rechtserheblich erklärter und gewisse Folgen nach sich ziehender Schwebezustand, in den ein Rechtsstreit gerät, sobald er einem materielle Entscheidungsgewalt besitzenden Zivilgericht unterbreitet wird, und in dem er verbleibt, bis der Entscheid rechtskräftig wird". Andere Zivilprozessordnungen in der Schweiz statuieren den Beginn der R. aber schon vor den Zeitpunkt, in welchem der Rechtsstreit dem spruchkompetenten Richter unterbreitet wird: im Kanton Thurgau tritt sie nach erfolglos durchgeführtem Sühnversuch ein.

Logisch nicht haltbar sind hingegen diejenigen Umschreibungen, die eine Differenzierung zwischen R. an sich und deren Wirkungen unterlassen, oder die R. als Sammelbegriff für die Wirkungen der Klageerhebung (in Deutsch-

7 Kummer S. 110.

8 Goldschmidt, James, Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925, S. 319 f..

9 Rosenberg/Schwab, § 101 I.

10 Helg S. 2.

11 Guldener S. 230 f..

12 Popper S. 13.

land der Begründungsakt der R.) betrachten¹³. Sauer¹⁴ bietet unverständlicherweise eine Alternative an, indem er unter R. "den auf den Beginn des Verfahrens oder eines Verfahrensabschnittes fallenden Zeitpunkt, an den sich besondere Wirkungen knüpfen, oder den darauf folgenden Zustand bis zum Abschluss des Verfahrens oder Verfahrensabschnittes, an dem diese Wirkungen wieder erlöschen", versteht.

Nun trifft es allerdings zu, dass der Ausdruck R. in der Literatur in verschiedenem Sinne verwendet wird. Häufig wird mit "zur Zeit der R.", "Zeitpunkt der R." oder ähnlichen Formulierungen nicht etwa auf die R., sondern auf den Augenblick ihres Eintrittes hingewiesen¹⁵. Derartige unpräzise Redewendungen finden sich insbesondere da, wo von einzelnen Wirkungen der R. gesprochen wird, die zur Zeit des R.-Eintrittes in Kraft treten¹⁶. Seltener wird der Ausdruck R. mit ihrem Begründungsakt gleichgesetzt.

Für die präzise Umschreibung der R. ist - wohl wie bei jedem Rechtsinstitut - folgender chronologischer Ablauf auseinanderzuhalten:

1. Der Begründungsakt: die Handlung, durch welche die R. begründet wird: die Anhängigmachung. Folge davon ist die tatsächliche Existenz (des Zustandes) der R..
2. Die aus dem Zustand der R. fliessenden Wirkungen: z.B. der Ausschluss eines weiteren gleichgerichteten Prozessverfahrens (s. unten § 12).
3. Das Ende der R..

13 Fischer, a.a.O. S. 204 f. und dort zitierte Literatur; Stein/Jonas, a.a.O. § 263 I.

14 Sauer, W., Grundlagen des Prozessrechts, Stuttgart 1919, § 8 C I. 3.

15 Statt vieler z.B. Heusser S. 19: "Die Fixierung des Rechtsbegehrens für das ganze Verfahren, vom Momente der R. an, ist ...".

16 S. das Beispiel in N. 15.

III. Definition auf Grund der
schweizerischen Zivilprozessordnungen

Auf Grund der einleitenden Wesensanalyse dürfte sich für den schweizerischen Zivilprozess folgende Definition ergeben:

Rechtshängigkeit ist ein dem Prozessbedürfnis entsprechender, zeitlich begrenzter Ausnahmezustand des eingeklagten Rechtsanspruchs mit bestimmten formellen Eigenschaften und Wirkungen, die dem Anspruch sonst materiell nicht innewohnen.

2. TEIL

BEGINN, DAUERZUSTAND UND ENDE DER RECHTSHAENGIGKEIT

§ 3 EINTRITT DER RECHTSHAENGIGKEIT NACH DEN SCHWEIZERISCHEN PROZESSORDNUNGEN

I. A l l g e m e i n e s

Ein allgemeiner Grundsatz bezüglich Eintritt der R. kann aufgrund der Vielzahl der kantonalen Regelungen nicht aufgestellt werden; die historischen Entwicklungen der Gesetze bringen gar noch ein mannigfaltigeres Bild mit sich. Gleichwohl lassen sich aus den Gesetzesentwicklungen allgemeine Tendenzen erblicken:

- a) Von Bedeutung ist die eindeutige Fixierung des Zeitpunktes für den Eintritt der R.. Wenngleich es dem Kläger anheimgestellt bleiben muss, ob ein Rechtsstreit zur gerichtlichen Austragung gelangen und mithin überhaupt rechtshängig werden soll oder nicht, geht es doch nicht an, den R.-Eintritt von einem Unsicherheitsfaktor in der Art gewisser Willkür seitens der Parteien, insb. des Beklagten, oder seitens des Richters abhängen zu lassen.

Die alte ZPO des Kantons Graubünden von 1855 z.B. liess die R. eintreten, sobald der Vermittler aufgrund der Sühnverhandlung imstande war, einen Leitschein (Weisung) auszustellen. Dadurch konnte der Eintritt der R. in für den Kläger unliebsamer Weise verzögert werden, sei es durch hinhaltende Verhandlungstaktik des Beklagten, sei es durch schleppendes Vorgehen und Verhalten des Sühnbeamten. In der geltenden ZPO hat diese Regelung denn auch nicht mehr in dieser Form Aufnahme gefunden¹.

¹ Dazu Weber S. 25 f.. Ähnlich vage Regelungen finden sich heute noch in den Kantonen Basel-Landschaft und Thurgau.

- b) Was das ordentliche Verfahren anbetrifft, so ist bezüglich Eintritt der R. stets vorweg abzuklären, ob dem eigentlichen Prozess ein Sühn- bzw. Vermittlungsverfahren vorauszugehen hat oder nicht. Nur noch wenige Kantone halten fest, dass für Prozesse m i t vorausgehendem Sühnverfahren die R. vom Moment der Anmeldung der Klage bei der Sühninstanz oder der Vorladung zur Sühnverhandlung an beginnt.
- c) Die Gültigkeit der Anhängigmachung und mithin der R. bestimmt sich nach Massgabe der einzelnen Prozessgesetze, d.h. sie wird durch diese von bestimmten Voraussetzungen und Formerfordernissen abhängig gemacht. Sind diese Voraussetzungen nicht oder nur ungenügend erfüllt, so kann die R. notwendigerweise auch nicht oder doch allenfalls nur bedingt eintreten. Den Gesetzen bleibt die Festlegung vorbehalten, ob und wann eine mangelbehaftete Anhängigmachung unter Wahrung der (bedingt eingetretenen) R. verbessert werden kann.

Mit Bezug auf die Wahrung peremptorischer Fristen von Klagen nach Bundesrecht ist nicht etwa kantonales Prozessrecht massgebend; es darf somit nicht auf den Eintritt der R. - wie nachstehend unter II darzulegen sein wird - abgestellt werden.

II. A b g r e n z u n g z w i s c h e n A n h ä n g i g m a c h u n g u n d K l a g e a n h e b u n g

Rechtshängigkeit ist ein Begriff des Prozessrechts. Da die Gesetzgebung des Prozessrechts den Kantonen obliegt, bestimmt sich der Eintritt der R. nach kantona²lem Recht.

Dagegen ist die K l a g e a n h e b u n g ein Begriff des B u n d e s r e c h t s. Sie tritt in Zusammenhang mit der Wahrung peremptorischer Fristen des Bundeszivilrechts auf³.

² Vgl. BGE 90 II 216 E.2.

³ Z.B. Art. 75, 253, 308, 521 Abs. 1, 929 Abs. 3 ZGB; Art. 181 Abs. 2, 706 Abs. 4, 985 OR. Zum Begriff und den Wirkungen der Klageanhebung vgl. Mattmann S. 24 ff..

Das Bundesgericht hat in konstanter Praxis die Klageanhebung als "diejenige prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers bezeichnet, mit der er zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft"⁴. Wenn Klagen direkt beim zuständigen Richter einzuleiten sind, ist die Einreichung der Klage unverkennbar eine Klageanhebung im erwähnten Sinne. Hier fällt der Akt der Klageerhebung mit demjenigen der Anhängigmachung zusammen. Die Einreichung der Klage ist in diesem Fall nicht nur für die Wahrung bundesrechtlicher Verwirkungsfristen der massgebliche Akt, sondern macht den Prozess auch anhängig, d.h. sie bewirkt die R..

Anders verhält es sich, wenn dem Prozess ein Sühnverfahren vorauszugehen hat. Unter prozesseinleitender oder vorbereitender Handlung im Sinne des zitierten BGE könnte in solchen Fällen die Anrufung des Sühnbeamten verstanden werden. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn nach kantonalem Prozessrecht ein bestimmter Zusammenhang - auch o r g a - n i s c h e r Z u s a m m e n h a n g genannt⁵ - zwischen dem Sühnverfahren und dem eigentlichen Prozessverfahren besteht. Nach der Rechtssprechung des Bundesgerichts lässt sich dieses zusätzliche Erfordernis wie folgt umschreiben:

Die Anrufung des Sühnbeamten ist dann eine Klageanhebung, wenn

- a) dieser gemäss kantonalem Prozessrecht die mangels Aussöhnung ausgestellte Weisung von Amtes wegen an das erkennende Gericht weiterleiten muss, oder wenn
- b) der Kläger den Streit nach Abschluss des Sühnverfahrens innert einer vom kantonalen Prozessrecht bestimmten Frist (zufolge zeitlich beschränkt gültiger Weisung) vor den erkennenden Richter bringen muss

4 98 II 176 E. 11, 90 II 216, 89 II 307, 83 II 315, 82 II 590, 81 II 538, BGE 74 II 15 und dort zitierte Entscheidungen: (vgl. auch ZR 56.89 E. 3 aa). Die vom Bundesgericht geprägte Umschreibung der Klageanhebung wurde von der herrschenden Lehre übernommen (vgl. Guldener S. 233).

5 ZBJV 85 (S.) 77.

und auch bringt, um die Verwirkung des Klagerechts⁶ oder sonstige Rechtsnachteile zu vermeiden⁷.

So ergibt sich nach dem Gesagten z.B. für den Kanton Zürich, dass die Klageanhebung durch Anrufung des Sühnbeamten erfolgt, da nach § 101 ZPO die Gültigkeit der Weisung auf 3 Monate beschränkt ist⁸. Dieser Akt ist demnach ausschlaggebend für die Wahrung einer bundesrechtlichen Klagefrist⁹, sofern das Sühnverfahren im konkreten Fall vorgesehen ist und die Weisung fristgemäss beim erkennenden Gericht eingereicht wird. Nach § 102 beginnt die R. aber erst mit Einreichung der Weisung¹⁰. Daraus wird ersichtlich, dass durch Anrufung des Sühnbeamten der Prozess wohl angehoben, jedoch nicht zugleich auch rechtshängig wird^{11/12}.

-
- 6 Es braucht sich nicht in jedem Falle um den Verlust des im materiellen Recht begründeten Klagerechts zu handeln; die Verwirkung des öffentlich-rechtlichen Anspruches auf Schutz des materiellen Anspruches gegenüber dem Staat (sog. publizistisches Klagerecht), d.h. der formelle Anspruchsverlust genügt. BGE 98 II 182. S. auch insb. zu der in der Doktrin herrschenden Kontroverse und mithin zur Problematik betr. die Existenzfrage eines "Klagerechts" - Guldener S. 194 f. und dort zit. Literatur, und Walder, Zivilprozess S. 8 ff.
- Wiederholt aufeinanderfolgende Sühnverfahren wahren die bundesrechtliche Verwirkungsfrist nicht: Der Prozess muss, auch wenn die Versäumung der Weisungsfrist nur formellen Anspruchsverlust zur Folge hat, in einem Zuge vor das erkennende Gericht gebracht werden, ansonsten dem Kläger die Möglichkeit geboten wäre, die vom Bundesgesetzgeber angesetzten Verwirkungsfristen nach Belieben zu verlängern. Vgl. Sträuli/Messmer N. 2 zu § 101.
- 7 BGE 74 II 16 E. 1.b).
- 8 Nach der alten ZPO war die Weisung nicht befristet (§ 120 ZPO), weshalb mit der Anrufung des Friedensrichters die Verwirkungsfrist nicht gewahrt werden konnte (s. BGE 85 II 537).
- 9 Gleiche Bedeutung kommt einer vom Richter angesetzten Klagefrist zu (Sträuli/Messmer N. 1 zu § 94).
- 10 Wird eine Klageschrift rechtzeitig, d.h. innerhalb ihrer Verwirkungsfrist, aber ohne die erforderliche Weisung, eingereicht, so wird dadurch der klägerische Anspruch trotz Ausbleibens des Rechtshängigkeitseintritts nicht gleichzeitig auch verwirkt. Verschiedene Vorkehren können zur Aufrechterhaltung der gewährten Klagefrist getroffen werden:
- a) Die Weisung kann innert Nachfrist gemäss § 108 ZPO eingereicht werden und die R. wird dadurch begründet, sofern die Gültigkeitsdauer der Weisung im Sinne von § 101 ZPO bis dahin noch nicht abgelaufen ist;
 - b) Kann die nach der Einreichung der Klageschrift verfallende Weisung nurmehr verspätet eingereicht werden, so steht dem Kläger das Recht auf Nachfrist gemäss Art. 139 OR zur erneuten und ordnungsmässigen Anhängigmachung (inkl. Sühnverfahren) zu (s. unten § 5 II 2. lit.c, insb. N. 42 und dort zitierte Entscheide).

Anhängigmachung und Klageanhebung sind demnach verschiedenartige Akte. Sie können zwar u.U. zeitlich zusammenfallen, ja sogar durch die nämliche Handlung (- wenn die Klage direkt beim Richter einzuleiten ist -) vorgenommen werden. Da sie aber unterschiedliche Folgen zeitigen¹³, drängt sich eine Abgrenzung an dieser Stelle auf. Für die Begründung der R. ist einzig die Anhängigmachung wesentlich.

III. Zeitpunkt des Eintritts der R.

Dass das zeitliche Moment des Eintritts der R. von wesentlicher Bedeutung ist, liegt auf der Hand. Denn sobald ein Prozess einmal anhängig gemacht ist, entfalten sich eo ipso die Wirkungen der R., die den geordneten Ablauf des prozessualen Verfahrens garantieren sollen. - Ab Eintritt der R. obliegt es z.B. dem Kläger, den Prozess fortzuführen oder aber die Klage zurückzuziehen, will er nicht dem Erlass eines Säumnisurteils ausgeliefert sein. Im Falle des Rückzuges kann er seine Klage grundsätzlich aber nicht mehr neu erheben. Die R. bewirkt demnach eine Art Pflicht oder besser Last des Klägers zur Fortführung des Prozesses^{14/15}.

(Die Verwirkungsfrist der Klage ist allerdings dann nicht eingehalten und der materielle Rechtsanspruch des Klägers fällt damit dahin, wenn die Weisung nicht während oder erst nach Ablauf ihrer Gültigkeitsdauer im Sinne von § 101 ZPO ohne vorgängige und rechtzeitige Eingabe der Klageschrift eingereicht wird; s. Sträuli/Messmer N. 4 zu § 101). Wird Klage erhoben, ohne dass vorgängig der erforderliche Sühnversuch vorgenommen worden ist, so tritt zwar die R. nicht ein, doch gilt der Akt als Klageanhebung; die Klage wird von Amtes wegen an die Sühninstanz überwiesen (§ 194 GVG), weshalb es nicht zur Verwirkung der Klagefrist kommt. (Vgl. Sträuli/Messmer N. 1 und 2 zu § 102).

- 11 Für andere, nach kantonalem Prozessrecht vorgesehene Vorkehrungen, die die Anhebung der Klage begründen, s. BGE 74 II 16 E. 1a).
- 12 Zur Wahrung bundesrechtlicher Verwirkungsfristen bei Prozessüberweisung an das Gericht eines anderen Kantons vgl. Sträuli/Messmer N. 7 zu § 112.
- 13 Ueber die Wirkungen der R. s. unten im dritten Teil § 6 ff..
- 14 Näheres dazu unten in § 11.
- 15 "Das gilt auch für diejenigen Prozessgesetze, welche keine Verpflichtung des Klägers zur Fortführung des Prozesses statuieren", Guldener S. 238.

- Im erwähnten Beispiel geht es darum, bis zu welchem Augenblick dem Kläger die Möglichkeit zustehen soll, ohne Anspruchsverlust vom Prozess Abstand nehmen zu können.

Das deutsche Zivilprozessrecht erfreut sich diesbezüglich einer eindeutigen Regelung, indem es die R. durch den Akt der Klageerhebung begründen lässt¹⁶. Weniger klar bezüglich der Einheitlichkeit zeigt sich das schweizerische Zivilprozessrecht: unterschiedliche Regelungen ergeben sich nicht nur interkantonal, sondern auch intrakantonal¹⁷.

1. Eintritt für Prozesse mit vorausgehendem Sühnverfahren

Bei der Mehrzahl der schweizerischen Zivilprozessordnungen ist das Sühnverfahren im allgemeinen integrierender Bestandteil des ordentlichen Prozessweges. Dem eigentlichen Prozessverfahren vor dem spruchkompetenten Richter hat, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, ein Verfahren vor der Sühninstanz vorauszugehen. In der verschiedenen Zweckbestimmung von Sühn- und Spruchverfahren liegt nun ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal. Ziel und Zweck des Sühnverfahrens ist es, nicht etwa wie im Spruchverfahren den Streitparteien durch autoritative Rechtsfestlegung den Rechtsfrieden wieder herzustellen, sondern vielmehr "die streitenden Parteien auf den Weg der selbsttätigen Rechtsverwirklichung zu führen"¹⁸. Die Institution des Sühnverfahrens ist vom Gedanken getragen, dass der Zivilprozess die ultima ratio ist, ein Versuch zur Vermeidung des Prozesses also anzustreben sei. Sie bezweckt demnach einerseits die Prozessverhütung zugunsten der Parteien, andererseits die Prozessentlastung zugunsten der staatlichen Gerichte. Sühnverfahren und Spruchverfahren sind somit scharf auseinanderzuhalten, auch wenn das erstere - wenn es das Gesetz vorsieht - zur Voraussetzung für das letztere gemacht wird.

Wird nun eine Klage vor Friedensrichteramt eingeleitet, so stellt sich

16 § 263 DZPO; Hellwig § 164 I; Stein/Jonas § 263 I; Rosenberg/Schwab § 101 II (vgl. allerdings die spezielle Regelung für das schiedsgerichtliche Verfahren, II 1.a).

17 Vgl. im Anhang Tab. I und II.

18 Limburg S. 42.

unmittelbar die Frage, ob mit ihrer Anbringung der Zustand der R. eintritt und sich seine Wirkungen entfalten können. Diese Frage hängt erstens davon ab, wie intensiv nach den einzelnen Prozessordnungen das Sühneverfahren mit dem Spruchverfahren zusammenhängt¹⁹, und zweitens welche prozessuale Bedeutung den Akten der Klageeinleitung beim oder der Vorladung vor Friedensrichteramt zugemessen wird. - Liegt die Spruchkompetenz beim Friedensrichter selber, so wird das von ihm geleitete Verfahren zweifelsohne vom Zustand der R. erfasst. Für den anderen Fall - wenn der Friedensrichter als blosser Sühnbeamter auftritt - sind in der Schweiz grundsätzlich vier verschiedene Möglichkeiten für den Eintritt der R. bekannt, die im folgenden des Näheren zu erläutern sind.

a) Eintritt zu Beginn des Sühneverfahrens

Von dieser Möglichkeit machen nur wenige Kantone Gebrauch. Die einen stellen auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klage oder des Vermittlungsbegehrens beim Friedensrichter ab²⁰, die anderen erst auf die Vorladung zur Sühneverhandlung²¹.

Der Nachteil dieser Regelung besteht darin, dass der Trennung zwischen Sühneverfahren und Spruchverfahren zuwenig nachgekommen wird.

Der Sühneversuch wird zu einer eigentlichen gerichtlichen Verhandlung ausge-

19 In einzelnen Kantonen wird das Sühneverfahren allgemein für fakultativ erklärt, z.B. Freiburg 141; Waadt 127; in speziell erwähnten Fällen: Wallis 129.

20 Freiburg 125 lit. a; Graubünden 64 Abs. 1; Waadt 119 lit. a; ebenso im Kanton Appenzell A.-Rh. nach Auskunft des Obergerichtsschreibers, was im Entwurf zur neuen ZPO vom 5. November 1979, Art. 118, nun auch in diesem Sinne klar zum Ausdruck kommt.

21 Bern 144 Abs. 2, vgl. ZBJV 90 S. 189; Glarus 51; Freiburg 125 lit. a, s. im einzelnen Deschenaux/Castella S. 121; Wallis 127 Abs. 3: "Bei Ehescheidungs- und Trennungsklagen tritt die Streithängigkeit mit der Vorladung zur Vermittlung vor den Instruktionsrichter ein". In der basellandschaftlichen Praxis wird häufig die Ansicht vertreten, dass die R. mit der Zustellung der Vorladung vor den Friedensrichter eintrete. Die in BJM 1959 S. 91 ff. angegebene Begründung dazu ist m.E. nicht überzeugend; so ist u.a. der Begründungsakt der R. von der Klageanhebung auseinanderzuhalten (BJM 1959 S. 92, s. oben § 3 II). Ausserdem ist eine Unterteilung in "verschiedene Rechtshängigkeiten" (BJM 1959 S. 89) tunlichst zu vermeiden. Zum R.-Eintritt im Kanton Basel-Land s. unten lit. b.

baut, stellt er doch hier im Grunde vorwiegend eine Vorbereitung und Einleitung für den Prozess vor dem erkennenden Gericht dar. Der Natur nach sollte der Sühneversuch aber ein blosser vorgefertigter Versuch zur Aussöhnung sein. Zu diesem Zweck bedarf er der Wirkungen der R. nicht. Denn würde sich z.B. der Kläger dazu entschliessen, seine Klage vorläufig noch nicht vor den Richter zu tragen sondern sie zurückzuziehen, so wäre ihm das zufolge bestehender R. im Sühneverfahren nur unter Preisgabe seines materiellen Anspruches möglich. Der Kläger müsste sich demnach im voraus darüber im klaren sein, dass es nach Anrufung der Sühninstanz ohne Anspruchsverlust kein Zurück mehr gibt. Das Sühneverfahren würde dadurch in seiner Versuchsqualität weitgehend eingeschränkt werden. Deshalb sieht z.B. der Kanton Freiburg vor, während dem Sühneverfahren diese Folge nicht eintreten zu lassen; so heisst es in Art. 156 ZPO: "Die Aufgabe des Versöhnungsbegehrens oder die Nichtbenützung des Weiterziehungsscheines, so wie Mängel des Versöhnungsbegehrens oder des Weiterziehungsscheines berühren als solche das streitige Recht nicht". Durch diese Regelung erhält der Kläger im Sühneverfahren wieder seine Handlungsfreiheit, d.h. er muss für den Fall des Klagerückzuges keinen Anspruchsverlust gewärtigen.

An sich kann niemand zur Durchsetzung seiner privaten Rechte gezwungen werden; dieser Grundsatz sollte m.E. auch noch während des Verfahrens vor dem Friedensrichter Geltung haben, weil und sofern dieser nicht spruchkompetent ist. Lebt Freiburg in Art. 156 ZPO diesem Grundsatz nach, so verliert doch die R. für die Zeit des Schlichtungsversuches an Bedeutung. Als Eigenart des schweizerischen Zivilprozessrechts sei hier die Regelung des Kantons Graubünden erwähnt. Nach seiner ZPO beginnt die R. mit der Anmeldung der Klage beim Friedensrichter (Art. 64 ZPO), doch bleibt es dem Kläger unbenommen, seine Klage nicht nur während dem Schlichtungsverfahren, sondern "bis zum Ende der Hauptverhandlung" jederzeit ohne materiellen Anspruchsverlust zurückzuziehen (Art. 83 und 129 ZPO). Dem vorerwähnten Grundsatz der Durchsetzungsfreiheit privater Rechtsansprüche wird dadurch zu weit entsprochen, denn spätestens ab Beginn des

Verfahrens vor dem spruchkompetenten Richter sollte der Kläger an den Prozess gebunden sein: Im Interesse von Gegenpartei und Staat ist die prozessuale Geltendmachung eines Anspruches auf ein einziges Mal zu beschränken. Diese Beschränkung - oder umgekehrt die Gebundenheit des Klägers an den Prozess - wird denn im schweizerischen Zivilprozessrecht auch regelmässig von der R. abhängig gemacht²².

b) Eintritt am Ende des Sühnverfahrens

Die ZPO von Basel-Landschaft enthält sich einer genauen Bestimmung über den Eintritt der R.. Wohl spricht sie in § 2 und § 99 von Anhängigmachung, doch wird dieser Begriff in derart verschiedenem Zusammenhang verwendet, dass er nicht schlechthin als einleitender Akt der R. verstanden werden kann und darf. Weibel²³ fasst den Problemkreis zusammen und kommt m.E. zum richtigen Schluss, die R. beginne im basellandschaftlichen Zivilprozess mit der Ausstellung des Akzesssscheines (Weisung)²⁴; er schreibt dazu²⁵ u.a.:

"Die Angaben im Akzessschein dienen, vereinfacht ausgedrückt, der Individualisierung der Klage, während die Substantiierung erst im Laufe der Prozesses ihre Vollendung findet, aber ebenfalls bereits im Akzessschein angedeutet ist. Es liegt daher nahe, mit dem Akzessschein die Wirkung zu verbinden, dass der Streitgegenstand als durch ihn in groben Zügen fixiert gilt,

22 S. dazu unten § 11.

23 Weibel S. 105 ff..

24 Vgl. den oben in N. 21 erwähnten, abweichenden Entscheid (BJM 1959 S. 86 ff.). Es trifft zu, dass das Verbot der Klageänderung mit der R. in Zusammenhang steht (s. unten § 9). Dass aber eine Klage während des Sühnverfahrens nicht mehr geändert werden darf und demnach das Sühnverfahren von der R. erfasst sein soll, geht nicht aus der Natur dieses Verfahrens schlechthin hervor. Vielmehr zeichnet sich oft erst während der Schlichtungsverhandlung das unter den Parteien letztlich noch Streitige, die eigentliche Klage ab. Das Argument, die R. beginne mit der Zustellung der Ladung vor den Friedensrichter, weil die Aenderung der Klage schon während des Sühnverfahrens untersagt sein soll, hält demzufolge nicht Stich.

25 Weibel S. 110 f..

und dass als Folge davon mit dem Zeitpunkt seiner Ausstellung die Aenderung der Klage dem Belieben des Klägers entrückt wird. Träte diese Wirkung erst später ein, und könnte der Gegenstand der nachfolgenden Prozessstadien von dem des Sühnverfahrens verschieden sein, so verlöre dieses seinen Sinn. Auch besteht das Bedürfnis, die zwei am engsten zusammenhängenden Wirkungen der R., die Fixierung des Streitgegenstandes und die Bindung des Klägers an den Prozess, gleichzeitig eintreten zu lassen."

Richtig ist, dass das Sühnverfahren seinen Sinn verlieren würde, wenn der Kläger nach abgeschlossenem, erfolglosem Sühnversuch seine Klage beliebig ändern könnte. Die Lösung, die Klage individualisiert in der Weisung festzuhalten, ist deshalb ganz generell vorzuziehen²⁶. Daraus allein darf aber noch nicht abgeleitet werden, die R. beginne mit der Ausstellung der Weisung. Die Regelung, die R. schon am Ende des Sühnverfahrens eintreten zu lassen, wird erst praktikabel, wenn der Kläger in gewissem Masse an die Weiterführung des Prozesses gebunden wird, ansonsten die R. bei Nichtbenutzung der Weisung endlos andauern würde. In § 85 Abs. 1 ZPO wird denn auch die Gültigkeit der Weisung auf 1 Jahr limitiert, wobei mit dem unbenutzten Fristablauf der materielle Anspruch hinfällig wird. (Die lange einjährige Frist wird zum Schutze des Beklagten durch die Einräumung des Provokationsklagerechts abgeschwächt).

Dem Sühnverfahren kommt nach der vom Kanton Basel-Landschaft gewählten Regelung somit eine besondere Bedeutung zu. Der Kläger muss sich schon v o r der Angehend des Friedensrichters darüber im Klaren sein, dass der Versuch um gütliche Beilegung des Rechtsstreites scheitern kann und in der Folge die R. mit all ihren Wirkungen eintreten wird. Wie erwähnt wird ihm dann der Abstand vom Prozess ohne Anspruchsverlust nicht mehr möglich sein. Dadurch wird eine grössere

26 Vgl. dazu unten § 9.

Grundsätzlich hat der Friedensrichter nur das Rechtsbegehren in der Weisung aufzuzeichnen. Einzelne Kantone verlangen aber weitere Angaben (s. Guldener, 2.A., S. 245 Ziff. 2., insb. N. 32).

Bindung zwischen dem Verfahren vor dem Friedensrichter und demjenigen vor dem ordentlichen Richter geschaffen als dies z.B. im Kanton Zürich der Fall ist²⁷.

Der Nachteil dieser intensiven Bindung ist, dass der Kläger in seinem Entschluss, die Klage nach dem Scheitern des Sühnversuches eventuell doch nicht dem Spruchgericht zu unterbreiten, nicht mehr frei ist. Der Idee des Schlichtens mit Betonung auf Versuch wird in den Prozessordnungen nach zürcherischem Beispiel mehr Gewicht beigemessen. Dass von der Möglichkeit des freien Klageabstandes auch noch nach dem Sühnversuch Gebrauch gemacht wird, wird zwar von diesen Kantonen nicht direkt statistisch ermittelt, doch dürfte die Zahl solcher Fälle nicht unbeachtlich sein²⁸. Mit anderen Worten trägt die Idee des Sühnversuches - nämlich selbsttätige Rechtsverwirklichung und Prozessvorbeugung - sogar nach dem gescheiterten Schlichtungsversuch noch seine Früchte. - Dieser an sich begrüßenswerten Erscheinung wird aber vorwiegend Einhalt geboten, wenn der Kläger seinen Anspruch verliert. Es genügt deshalb m.E., wenn der materielle Anspruch erst im Erkenntnisverfahren auf dem Spiele steht. Der Kläger wird trotzdem noch - wenn auch weniger intensiv - an die Fortführung des Prozesses gebunden, wenn der Ablauf der Weisungsfrist lediglich die Ungültigkeit der Weisung bewirkt: Einerseits hat er die Kosten des "nutzlosen" Sühnverfahrens (endgültig) zu tragen, anderer-

27 Unbenutzter Ablauf der Frist zur Einreichung der Weisung beim ordentlichen Richter sowie unentschuldigte Absenz von der Sühnverhandlung hat für den Kläger im Kanton Zürich keinen materiellen Anspruchsverlust zur Folge; das Verfahren muss aber gegebenenfalls neu von vorne begonnen werden (Zürich 101 und 99 Abs. 1; vgl. Walder, Zivilprozess § 35 A. S. 388).

28 Vgl. z.B. den RB über die Rechtspflege, Amtsjahr 1976/77 des Kantons Appenzell Ausserrhoden, Tab. I und II S. 12 f.: Im obgenannten Amtsjahr hat der Friedensrichter 267 Weisungen an das Kantonsgericht ausgestellt. Das Kantonsgericht seinerseits konnte nur 218 neue Prozesseingänge verzeichnen, was einen mutmasslichen Ueberschuss von 49 unbenutzten Weisungen ergibt. Unter Berücksichtigung der nur einmonatigen Gültigkeitsdauer der Weisung (Art. 116 ZPO) sowie v.a. der Tatsache, dass nicht allen Prozessen ein Vermittlungsverfahren vorauszugehen hat (Art. 6 und 10 ZPO), dürfte es sich gar um über 20 % unbenutzte Weisungen handeln.

seits muss er einen neuen Sühnversuch anstreben, will er seinen Anspruch tatsächlich der richterlichen Entscheidung unterbreiten²⁹.

Ein weiterer Nachteil der Regelung von Basel-Land ist darin zu erblicken, dass sich die Ausstellung des Akzessscheines und mithin der R.-Eintritt u.U. übermässig verzögern kann, ohne dass der Kläger dafür die Verantwortung trägt. Vorzuziehen ist eine Regelung, nach welcher dem rechtsuchenden Kläger darüber Gewissheit verschafft wird, wann genau sein Anspruch vor Gericht hängig wird und wann genau sich demzufolge die Wirkungen der R. entfalten.

Ob die Regelung nach basellandschaftlichem oder diejenige nach zürcherischem Muster vorzuziehen ist, hängt aber letztlich im Wesentlichen davon ab, welche Bedeutung man dem Sühnverfahren beimisst.

Wie der Kanton Basel-Land lässt auch der Kanton Thurgau - unter gewissen Voraussetzungen auch Freiburg (Art. 125 lit. a ZPO) - die R. am Ende des Sühnverfahrens eintreten und das oben erwähnte gilt auch hier. Der genaue Zeitpunkt des Eintritts ist im Thurgau nicht eindeutig aus dem Gesetzestext ersichtlich. Die Praxis gibt uns dazu die Antwort. Die R. tritt ein mit der **E i n l a s s u n g i n d e n R e c h t s s t r e i t**, d.h. nachdem "der Kläger sein Rechtsbegehren eröffnet, der Beklagte darauf seine Erklärungen abgegeben und der Friedensrichter den Ausgleichsversuch ohne Erfolg abgeschlossen hat"³⁰. - Sicherlich ist es nicht abwägig, die R. in diesem Zeitpunkt eintreten zu lassen: Sowohl die Klage wie die Parteien werden mit der Einlassung grundsätzlich festgelegt³¹. Aber auch hier sollte dem Kläger die Möglichkeit des freien Klageabstandes nach dem Sühnverfahren aus den oben erwähnten Gründen nicht verwehrt sein, solange das Erkenntnisverfahren noch nicht eingeleitet worden ist. Schliesslich

29 Die Interessen des Beklagten finden nach dem Sühnverfahren durch Ermöglichung der Klage-Provokation und/oder durch die Limitierung der Weisung genügend Schutz.

30 Thurgau 148, nicht etwa 159 (s. Böckli zu § 148 ZPO; Helg S. 93; Guldener S. 231 N. 4); vgl. auch Thurgau 151.

31 Helg S. 30 und 56; vgl. unten § 7 und 9.

gereicht ein (vorläufiger) Verzicht in der erwähnten Art niemandem zum Nachteil, und entgegen Helg³² kann dem allfällig trölerischen Gebaren des Klägers durch gesetzliche Befristung der Weisung und/oder durch Schaffung des Provokationsklagerechtes genügend begegnet werden; gegebenenfalls kann der Beklagte auch eine negative Feststellungsklage anheben.

c) Eintritt vor dem erkennenden Gericht

Mehrheitlich legen die Kantone fest, dass die R. zu Beginn des eigentlichen Spruchverfahrens eintritt³³. Diese Lösung ist m.E. die zweckmässigste, trennt sie doch klar das Schlichtungsverfahren vom Verfahren vor dem spruchkompetenten Richter. Unter dieser Gruppe von Kantonen weist der Akt der Anhängigmachung gewisse Modalitäten in formeller Hinsicht auf. In grossen Zügen lassen sich zwei Untergruppen voneinander unterscheiden.

Der kleinere Teil dieser Gruppe begnügt sich damit, die R. mit der *E i n r e i c h u n g d e r W e i s u n g* beim ordentlichen Gericht eintreten zu lassen³⁴. Im Kanton Appenzell Innerrhoden ist neben der Weisung ein Begehren um Einschreibung des Prozesses sowie in Forderungsprozessen auch noch ein Zahlungsbefehl^{34a} einzureichen (Art. 137 Abs. 1 ZPO).

Mehrere Kantone lassen die R. mit der *E i n r e i c h u n g d e r K l a g e s c h r i f t n e b s t d e r W e i s u n g* eintreten³⁵. Zu dieser Teilgruppe kann der Kanton Obwalden gezählt werden, der die R. zwar etwas später, nämlich "mit der Zustellung oder Mitteilung der formgerecht eingereichten Klage an die Gegenpartei" eintreten lässt, und unter formgerecht eingereichter Klage die Einreichung von Weisung

32 Helg S. 38 f., 41.

33 Vgl. im Anhang Tabelle I.

34 Zürich 102 Abs. 1; Schwyz 91; Schaffhausen 159, 160.

34a S. Guldener S. 231 N. 4 Abs. 3.

35 Zürich 102, 106 Abs. 2; Nidwalden 70, 110, 115; Zug 81; Solothurn 56, 122 Abs. 3, 133 Abs. 3; St. Gallen 213; entgegen Habscheid, S. 248, auch Uri 124, 130, 134.

und Klageschrift versteht³⁶. Oft beginnt die R. schon, wenn nur die Weisung oder nur die Klageschrift eingereicht wird; in solchen Fällen besteht sie aber nur fort, wenn die fehlende Klageschrift oder Weisung fristgemäss nachgereicht wird. Im schriftlichen Verfahren ist z.B. auch im Kanton Zürich nach § 102/106 ZPO neben der Weisung eine Klageschrift dem Gericht einzureichen. Um die R. eintreten zu lassen, genügt an sich die Einreichung der Weisung; die R. bleibt jedoch nur bestehen, wenn der Kläger die Eingabe der Klageschrift innert der ihm vom Richter angesetzten Frist (§ 130 ZPO) vornimmt. Bei Einreichung der Weisung ohne die erforderliche Klageschrift tritt die R. somit nur *r e s o l u t i v b e d i n g t* ein³⁷. Umgekehrt entsteht die R. nicht, wenn eine Klage trotz Obligatorium des Sühnverfahrens ohne Weisung direkt beim Gericht eingereicht wird: wurde das Sühnverfahren überhaupt nicht durchgeführt, so hat das Gericht die klägerische Eingabe von Amtes wegen dem zuständigen Friedensrichter zu überweisen. Ging die Weisung lediglich vergessen und wurde nur - wie es das schriftliche Verfahren verlangt - eine Klageschrift eingereicht, so wird dem Kläger nach § 108 ZPO Frist zu ihrer Einreichung angesetzt³⁸. In beiden Fällen ist die Einreichung der Klage bzw. Klageschrift aber von Bedeutung für die Wahrung der Klagefrist³⁹.

Aus der Trennung von Sühn- und Spruchverfahren entsteht nicht etwa

36 Obwalden 53, 115 Abs. 3 (vgl. auch 54 lit. d mit 114). Das Fehlen der Weisung stellt nur einen verbesserlichen Mangel dar und lässt die R. gleichwohl eintreten, wenn auch nur bedingt (s. Art. 124 ZPO). Dazu nachstehend N. 37.

37 ZR 76 N. 27; s. Sträuli/Messmer zu § 102. Gerade umgekehrt verhält es sich im Kanton Luzern (gemäss Auskunft des Gerichtsschreibers Kurt Bösch des Luzerner Obergerichts): Die R. wird nur durch Einreichung der Klageschrift (102 ZPO) bzw. im mündlichen Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten mit dem Vorladungsbegehren (93 lit. a, Max. V 265) begründet. Hat das vorgängige Sühnverfahren nicht stattgefunden oder ging die Weisung vergessen, so wird dem Kläger zur Nachholung des Friedensrichtervorstandes und/oder Einreichung der Weisung unter Wahrung der schon eingetretenen R. Frist angesetzt (104 ZPO). Vgl. auch Obwalden 53, 115 Abs. 3, 124 und Nidwalden 70 in Verbindung mit 110 und 115 Abs. 3.

38 Sträuli/Messmer N. 1 und 2 zu § 102.

39 Oben § 3 II.

die Gefahr, dass das erstere völlig ins Leere verdrängt würde. Ein gewisser verfahrensmässiger Zusammenhalt ergibt sich daraus, dass die Weisung als Resultat des erfolglos durchgeführten Sühnversuches ein konstitutives Element für die Anhängigmachung der Klage ist.

2. Eintritt für Prozesse ohne vorausgehendes Sühnverfahren

Einfacher gestaltet sich der Eintritt der R., wenn dem ordentlichen Prozessverfahren *k e i n* Sühnverfahren vorauszugehen hat⁴⁰. Durch den Wegfall des Sühnverfahrens werden die Möglichkeiten zur Festlegung des R.-Eintritts stark eingeschränkt und weisen nur noch geringe Unterschiede auf.

Eindeutig bevorzugt wird die Regelung, welche die R. mit der Einreichung der Klage oder - v.a. wenn der Prozess im schriftlichen Verfahren durchzuführen ist - mit der Einreichung der Klageschrift beim Gericht eintreten lässt⁴¹. Wird die Klage bzw. Klageschrift dem Gericht per Post zugestellt, so beginnt die R. mit dem Datum der Postaufgabe⁴².

Wenige Kantone sehen vor, dass die R. mit der Zustellung oder Mitteilung der formgerecht eingereichten Klage an den Beklagten beginne⁴³.

40 Zum Grundsatz des Obligatoriums des Sühnverfahrens und deren Ausnahmen s. Limburg S. 45 ff. und 50 ff..

41 Bund 21; Zürich 103, 104, vgl. 105; Bern 160; Luzern 102; Uri 134; Schwyz 92 ff.; Nidwalden 70; Zug 81; Freiburg 125 lit.b; Solothurn 56, 133 Abs. 3; Schaffhausen 160; Appenzell Ausserrhoden 118; Appenzell Innerrhoden 137 Abs. 2; St. Gallen 213; Graubünden 64; Tessin 23, 165, 167; Waadt 119 lit.b; Wallis 86; Neuenburg 151; Genf 71. - Für Klagen auf Ehescheidung oder Trennung auch Basel Stadt (s. BYM 1964 S. 103 ff.).

42 Leuch N. 1 zu Art. 160; Dechenaux/Castella S. 122; Sträuli/Messmer N. 3 zu § 101 und in N. 2 zu § 94 bezeichnet er diese Regelung als "ein zum allgemeinen schweizerischen öffentlichen Gewohnheitsrecht gewordene Regel" (mit Zitaten).

43 Obwalden 53; Glarus 51; ebenso Basel Stadt 36 (vgl. Goepfert S. 93: im mündlichen Verfahren ist allerdings die Zustellung der Vorladung an den Beklagten massgebend); Aargau 113 (vgl. Roduner S. 112).

Vereinzelte wird festgelegt, die R. trete mit der Einreichung des Begehrens um Vorladung des Beklagten ein⁴⁴.

Die zweite Variante hat gegenüber der ersten und dritten den Vorteil, dass der Beklagte von der klägerischen Absicht Kenntnis hat. Andererseits kann sich die Zustellung der Klage an den Beklagten unter Umständen übermässig verzögern, ohne dass der Kläger davon weiss oder darauf direkt Einfluss nehmen könnte. Die überwiegende Mehrheit der schweizerischen Prozessgesetze stellt denn auch für den Eintritt der R. auf den klageeinleitenden Akt durch den Kläger ab, der in diesem Fall gleichbedeutend ist mit dem Akt der Klageanhebung zur Wahrung bundesrechtlicher Klagefristen (oben § 3 II).

3. Eintritt für die Widerklage

Nach herrschender Lehre ist die Widerklage die im Prozess des Klägers vom Beklagten gegen den Kläger erhobene Klage⁴⁵. Sie ist nur unter bestimmten, von den Zivilprozessordnungen recht unterschiedlich festgelegten Voraussetzungen zulässig⁴⁶. Als Grundvoraussetzung gilt jedoch nach allen Prozessgesetzen, dass die Vor- oder Hauptklage bereits rechtshängig sein muss, damit die Widerklage überhaupt rechtshängig werden kann. So wird sogar eine vor dem Friedensrichter erhobene Widerklage direkt rechtshängig, wenn die Hauptklage zufolge niedrigen Streitwertes in die Spruchkompetenz des Friedensrichters fällt, (und somit rechtshängig geworden ist), obwohl nach verschiedenen Gesetzen durch die Widerklage der Streitwert erhöht wird und deshalb die Zustän-

44 Basel Land 99 lit.b; alternativ zur Einreichung der Klage auch Wallis 86. Ebenso Bern 294 Abs. 3 für Prozesse über welche der Gerichtspräsident endgültig entscheidet.

45 Guldener S. 216, vgl. auch dort zur Widerklage angegebene Literatur sowie Koenig, Martin, Die Widerklage im Eheprozess, Diss Zürich 1977; Walder, Zivilprozess, S. 144 f..

46 Anstatt die Bedingungen für die Zulässigkeit der Widerklage zu bezeichnen, erklärt der Kanton Aargau umgekehrt die Widerklage für grundsätzlich unzulässig, spricht jedoch in § 15 Abs. 2 ZPO von den zulässigen Ausnahmefällen.

digkeit des Friedensrichters für die Beurteilung des Prozesses wieder dahinfällt⁴⁷.

Im folgenden wird aber nicht auf die verschiedenen Voraussetzungen, sondern nur auf Besonderheiten mit Bezug auf den R.-Eintritt der Widerklage eingegangen⁴⁸.

Im allgemeinen tritt somit die R. der Widerklage wie bei der gewöhnlichen Klage mit ihrer Erhebung vor der Sühn- oder vor der ersten erkennenden Instanz⁴⁹ ein, sofern die Hauptklage bei dieser bereits r e c h t s h ä n g i g geworden ist⁵⁰. Das gilt insbesondere nach denjenigen Prozessordnungen, welche vom Obligatorium des Sühnverfahrens für die Widerklage absehen⁵¹ oder welche die R. einer Klage ganz allgemein schon zu Beginn des Sühnverfahrens eintreten lassen⁵².

Von diesen Fällen abgesehen zeichnen sich Schwierigkeiten ab, wenn die Widerklage schon im Sühnverfahren über die noch nicht rechtshängig gewordene Hauptklage erhoben werden k a n n oder m u s s⁵³.

Es stellt sich hier die Frage, ob die Widerklage schon durch Einreichung der Weisung beim Gericht zusammen mit der Klage rechtshängig wird oder ob die Anhängigmachung von Klage und Widerklage getrennt zu erfolgen hat.

47 ZR 72 Nr. 27.

48 Zu den Voraussetzungen für die Widerklage siehe Guldener S. 216 ff., Habscheid S. 254 ff..

49 Oft legen die Prozessgesetze fest, dass die Widerklage spätestens mit der Klageantwort zu erheben ist (vgl. Guldener S. 216 N. 9 und Ziff. 2; Walder, Zivilprozess S. 144).

50 Keller, S. 36.

51 Ganz auf einen Sühnversuch über die Widerklage verzichten ausdrücklich Solothurn 117 lit. c, Aargau 7 Ziff. 6.

52 Vgl. z.B. Glarus 7 Ziff. 1; Graubünden 78.

53 Schon im Sühnverfahren über die noch nicht rechtshängige Hauptklage m u s s die Widerklage erhoben werden nach Luzern 86; Appenzell Innerrhoden 106; St. Gallen 96; Thurgau 113. Im Kanton Thurgau wird mit der Einlassung auf die Widerklage die R. derselben begründet, also genau gleich wie bei der Hauptklage am Ende der Sühnverhandlung.

Die erste Variante ist nach der Ansicht Guldener's die richtige Lösung⁵⁴: "Die Erhebung einer Widerklage im Sühnverfahren verfolgt gerade den Zweck, zu verhindern, dass die Hauptklage ohne die Widerklage streithängig werden kann". M.E. ist jedoch nicht einzusehen, weshalb der Widerkläger gegenüber dem Hauptkläger schlechter gestellt werden soll, wird ihm doch der freie Abstand von der Widerklage insofern verunmöglicht, als es einzig dem Belieben des Hauptklägers und Widerbeklagten anheimsteht, ob die Widerklage rechtshängig werde. Die Erwägungen in dem von Guldener ohne weitere Begründung kritisierten Entscheid⁵⁵ sind nach meinem Dafürhalten stichhaltig. Im wesentlichen werden folgende Punkte aufgeführt, die für die getrennte Anhängigmachung sprechen:

1. Es muss allein dem Beklagten zustehen, den Entscheid darüber zu treffen, ob er die Widerklage anhängig machen will. Wird er durch Einreichung der Weisung seitens des Klägers dieser Entscheidungsfreiheit beraubt, so würde dies einen durch nichts gerechtfertigten Einbruch in das Prinzip der Dispositionsbefugnis der Parteien bedeuten.
2. Bei der Erhebung der Widerklage im Sühnverfahren handelt es sich um eine v o r l ä u f i g e A n m e l d u n g, deren praktische Bedeutung darin liegt, dass sie den Kläger veranlassen wird, die Prozesslage nochmals zu überprüfen.
3. Auch die Streitwertberechnung nach erfolglos durchgeführtem Sühnversuch ist einstweilig. Die Angabe in der Weisung entbindet das Gericht nicht von der Prüfung des zu Beginn des Prozesses tatsächlich vorhandenen Streitwertes.

54 Guldener S. 216 N. 9.

55 SJZ 42Nr. 44 S. 126. Gleicher Ansicht wie Guldener, aber ebenso ohne Begründung: Sträuli/Hauser N. 7 zu § 94 der alten ZPO von Zürich.

Zu Punkt 3 bleibt noch zu ergänzen, dass der in der Weisung berücksichtigte Streitwert von Klage und Widerklage auch bei der von Guldenener vertretenen Lösung keine Garantie dafür gibt, dass das letztlich sachlich zuständige Gericht angegangen wird: Der Kläger ist nach dem Sühnverfahren nicht gehalten, seine Klage überhaupt oder in vollem Umfang anhängig zu machen; klagt er ausdrücklich weniger ein als er nach dem Inhalt der Weisung einklagen könnte⁵⁶, so ist gegebenenfalls der Prozess z.B. vom Obergericht ans Bezirksgericht zu verweisen.

Mit Bezug auf die alte Prozessordnung von Zürich äussert sich Walder⁵⁷ über die getrennte Anhängigmachung von Klage und Widerklage: Der im Sühnverfahren erhobenen Widerklage kommt keine rechtliche Bedeutung zu, sofern sie vor dem erkennenden Gericht nicht ausdrücklich erhoben wird. Trotz Vermerk in der vom Kläger eingereichten Weisung braucht sie nicht formell erledigt zu werden⁵⁸. Dies bedeutet hinsichtlich der Anhängigmachung, dass die R. der Widerklage durch ihre ausdrückliche Erhebung im bereits rechtshängig gewordenen Verfahren über die Hauptklage eintritt.

Nach einzelnen Kantonen ist das Sühnverfahren für die Widerklage zwar obligatorisch, doch hat es nicht zwingend gemeinsam mit demjenigen über die Hauptklage zu erfolgen⁵⁹. Kann die Widerklage Gegenstand eines selbständigen Sühnverfahrens sein, so muss sie auch wie eine "gewöhnliche", selbständige Klage rechtshängig gemacht werden.

56 Macht der Kläger seine Klage rechtshängig, ohne ihren reduzierten Umfang ausdrücklich (zusätzlich) zu erwähnen, so wird nach denjenigen Kantonen, welche die R. mit der Einreichung der Weisung eintreten lassen, die Klage gemäss Weisung in ihrem vollen Umfang rechtshängig; dem fallengelassenen Teil kommt die Bedeutung eines Teilrückzuges zu, und der Kläger verliert somit im entsprechenden Umfang seinen materiellen Anspruch unter Kostenfolge.

57 Walder, Prozesserrledigung, S. 120 f. und S. 50.

58 Walder, a.a.O. S. 121, insbesondere N.3.

59 Nach bestätigender Auskunft der Herren Obergerichtsschreiber bzw. Obergerichtspräsident gilt dies für die Kantone Obwalden (130) und Nidwalden (119).

Zusammenfassend ist also für den R.-Eintritt der Widerklage folgende grundsätzliche Regel anzunehmen:

Die R. der Widerklage beginnt mit der ausdrücklichen Widerklageerhebung im rechtshängigen Verfahren über die Hauptklage.

Nach dem Gesetzeswortlaut sind nur ganz wenige Kantone von dieser Regel eindeutig auszunehmen⁶⁰. So heisst es z.B. in § 102 Abs. 2 der Zürcher ZPO: "Hat der Beklagte im Sühnverfahren Widerklage erhoben, so wird sie durch Einreichung der Weisung ebenfalls rechtshängig"^{61/62}. Diese Lösung ist nun mit den oben erwähnten Nachteilen behaftet. Unterlässt es der Beklagte und Widerkläger durch Stillschweigen, die Widerklage vor dem Richter zu begründen, so muss ihm wohl hiezu ausdrücklich nochmals Gelegenheit (im schriftlichen Verfahren durch Fristansetzung) gegeben werden mit dem Hinweis auf die Folgen im Unterlassungsfalle^{62a}. Dies gebietet sich schon deshalb, weil kein Vertretungszwang durch einen Rechtskundigen besteht und der Laie sich als Widerkläger u.U. nur in der Rolle eines Beklagten oder vielleicht sogar in derjenigen eines "gewöhnlichen" Klägers glaubt und mithin leicht verkennen kann, dass ihm der freie Abstand von der Widerklage nach Abschluss des Sühnverfahrens nicht mehr möglich ist.

Schweigt er dennoch, so ist die Widerklage als durch Rückzug abzuschreiben⁶³. - Verzichtet der Kläger auf die Anhängigmachung seiner Klage und

60 Für den Kanton Thurgau siehe oben N. 53.

61 Ebenso Schwyz 91 Abs. 2.

62 Vgl. auch Sträuli/Messmer N. 7 zu § 102; Walder, Zivilprozess S. 292.

62a Vgl. Zürich § 130 ZPO. Wo schriftliches Verfahren Platz greift, wird lediglich Nichteintreten angedroht werden können.

63 Fraglich bleibt, was Gegenstand der materiellen Rechtskraft wird, wenn es sich um eine nicht individualisierte Widerklage handelt. Auch hier wird deutlich, dass sowohl Klage wie Widerklage in der Weisung tunlichst zu individualisieren ist, sei es zur Feststellung einer Klageänderung, sei es im Hinblick auf die Einrede der R. oder wie hier auf eine allfällig mögliche Einrede der res iudicata. Nach der Gerichtspraxis ist eine zurückgezogene, noch nicht individualisierte Klage trotz eingetretener R. der materiellen Rechtskraft nicht fähig (BGE 88 I 164; vgl. auch Sträuli/Messmer N. 15 zu § 191 und dort zitierte Entscheide; a.A. Walder, Prozessrledigung, S. 145).

wird dadurch auch die Widerklage nicht rechtshängig, so kann der Beklagte seine Widerklage nicht direkt dem Spruchgericht unterbreiten: dazu muss er sie als selbständige Klage ganz von vorne und gegebenenfalls an einem anderen, für sie allein zuständigen Ort neu anheben⁶⁴.

Denkbar, aber wegen der dreimonatigen Gültigkeitsdauer der Weisung wohl eher seltener ist der Fall, dass der Hauptkläger - nachdem der Widerkläger vor ein anderes Forum gegangen ist - seine Klage doch noch rechtshängig macht. Der Widerkläger hat alsdann mit Bezug auf seine Widerklage irgend eine Vorkehr zu treffen: Schweigt er nämlich - was im mündlichen Verfahren leichtwohl geschehen kann - dann wird der Richter Rückzug der Widerklage annehmen und der Widerkläger müsste in dem von ihm bereits eingeleiteten Prozess bezüglich der dortigen Klage die Einrede der R. gewärtigen. - Begründet er aber die Widerklage oder zieht er sie wegen bestehen der R. zurück, so trifft er im ersteren Falle zwar auch auf die Einrede der R., doch findet hier das Prioritätsprinzip Anwendung (s. unten § 12 V 2.): in beiden Fällen verliert er seinen materiellen Anspruch jedoch nicht.

IV. V o r a u s s e t z u n g e n f ü r d e n g ü l t i g e n E i n t r i t t d e r R.

1. Prozessvoraussetzungen

Prozessvoraussetzungen sind Rechtsbedingungen, welche gegeben sein müssen, damit das Gericht ein Urteil in der Sache selbst (Sachurteil) ausfällen darf⁶⁵. Sie bilden Gegenstand der richterlichen Prüfung und Entscheidung im Prozess⁶⁶. Da ihr Vorhandensein erst durch ein Tätigwerden des Richters im konkreten Prozess festgestellt werden kann, haben die Prozessvoraussetzungen keinerlei Einfluss auf den Eintritt der R.⁶⁷: Ist eine der Voraussetzungen nicht erfüllt, so wird die Klage gleichwohl rechtshängig, ist

64 Walder, Zivilprozess S. 144 f..

65 Vgl. Guldener S. 220; Leuch N. 1 zu Art. 191 mit Zitaten.

66 Guldener, N. 3 S. 220.

67 Guldener, S. 232; Rosenberg/Schwab, § 101 II lit. c; vgl. auch Sträuli/Messmer N. 3 zu § 102 und Kummer S. 75 § 21 Ziff. 2.

aber in der Regel durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen⁶⁸.

2. Ordnungsmässige Anhängigmachung

Umgekehrt müssen verschiedene Voraussetzungen gegeben sein, damit der Richter überhaupt tätig werden kann und muss: Der Richter bedarf gewisser Informationen, damit er weiss, was er zu prüfen und zu beurteilen hat und gegenüber wem sein Urteilsspruch rechtliche Wirkungen entfalten soll. Solche Informationen erhält er von demjenigen, der ihn um sein Urteil in seiner Streitsache angeht, dem Kläger.

Nach Massgabe der Anwendung findenden Prozessordnung müssen diese Informationen inhaltlich vollständig und formgerecht dem Richter zukommen. Direkt vom Kläger erhält der Richter diese Angaben z.B. durch Einreichung einer Klageschrift, sofern eine solche im konkreten Fall erforderlich ist und sie den in der Prozessordnung aufgeführten Anforderungen entspricht. Indirekt bekommt er sie z.B. vom Sühnbeamten, sofern dieser ihm nach erfolglosem Sühnversuch die Weisung von Amtes wegen zu übergeben hat. Fehlt es an einer erforderlichen Angabe oder an der einzuhaltenden Form, so beginnt auch das richterliche Tätigwerden im Sinne von Urteilsfindung und Urteilssprechung nicht. Die Angaben haben also den Anforderungen der Prozessordnung zu entsprechen, d.h. die Klage ist ordnungsgemäss anhängig zu machen.

Die Erfordernisse für die ordnungsmässige Anhängigmachung werden von den Prozessgesetzen verschieden festgelegt. Insbesondere bedarf es einer eindeutigen Parteibezeichnung und eines klaren Rechtsbegehrens. Auch wird verschiedentlich die Einreichung einer Weisung und/oder einer Klageschrift verlangt, die ihrem Inhalt und ihrer Form nach bestimmten Anforderungen zu genügen haben.

68 Eine Aufstellung der von den Prozessgesetzen meist unvollständig aufgeführten Prozessvoraussetzungen findet sich bei Guldener, S. 220 f.; s. auch Walder, Zivilprozess S. 251 f. N. 4 Abs. 2; vgl. z.B. Appenzell Ausserrhodens 125.
Keine Prozessvoraussetzung liegt vor, wenn über die entsprechende Frage durch Sachurteil zu entscheiden ist (z.B. Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien; irreführend deshalb diejenigen Gesetze, welche die Sachlegitimation unter den Prozessvoraussetzungen anführen, so Wallis 150 Ziff. 4).

Nun stellt sich die Frage, ob die mangelhafte Anhängigmachung ein Hindernis für den Eintritt der R. sei. Dies trifft zu, wenn auch nur bedingt. Mit Guldener kann gesagt werden, die R. trete nicht ein, solange es am Tatbestand fehlt, der sie zu begründen vermag⁶⁹. Wird z.B. die Weisung nicht eingereicht, so tritt auch durch Eingabe einer Klageschrift die R. grundsätzlich nicht ein, sofern ihre Existenz - wie das von der Mehrzahl der Zivilprozessordnungen in der Schweiz vorgesehen ist⁷⁰ - von der Einreichung der Weisung abhängig gemacht wird⁷¹.

Andere Mängel der ordnungsmässigen Anhängigmachung, wie beispielsweise ungenaue Bezeichnung des Beklagten, unklares Rechtsbegehren oder mangelhafte Klagebegründung in der Klageschrift, sind insofern nur bedingt Hinderungsgrund für den Eintritt der R., als sie nach verschiedenen Prozessgesetzen innert angesetzter Frist verbessert werden können. Die fristgemässe Verbesserung lässt die R. mit Wirkung ex tunc, d.h. durch die mangelhafte Anhängigmachung eintreten, gleichgültig ob die Klage zur Verbesserung zurückgewiesen oder vom Kläger selber zu diesem Zwecke zurückgezogen worden ist⁷². Man spricht von Rückdatierung der R.⁷³. Im gleichen Sinn kann auch der Eintritt der R. durch die mangelbehaftete Anhängigmachung als *resolutiv bedingt* bezeichnet werden, wobei die Resolution in der Heilung des Mangels durch Verbesserung bzw. Ergänzung innert gesetzlicher oder angesetzter Frist besteht.

69 Guldener, S. 232 Ziff. 4 lit. a; vgl. auch Habscheid S. 248 f..

70 Vgl. im Anhang Tab. II.

71 Z.B. Zürich 102 und Sträuli/Messmer N. 1 zu § 102. Im Kanton Zürich wird durch Einreichung der Klageschrift ohne erforderliche Weisung nach § 102 ZPO die R. nicht begründet, (ausgenommen natürlich in Prozessverfahren nach § 103 ff. ZPO, für welche kein obligatorischer Sühnversuch vorausgesetzt wird). Eine auf diese Weise nicht rechtshängig gewordene, aber innerhalb ihrer Verwirkungsfrist eingereichte Klage bedeutet hingegen nicht, dass der klägerische Anspruch verwirkt wurde (s. oben § 3 II bei N. 10). Zur Eingabe einer verfallenen Weisung s. unten § 5 II B. In den Kantonen Luzern, Obwalden und Nidwalden stellt das Fehlen der Weisung einen verbesserlichen Mangel dar und die R. tritt trotzdem ein, wenn auch nur bedingt (s. oben § 3 III 1. lit. c bei N. 37).

72 Z.B. Zürich 106 und Sträuli/Messmer N. 4 und 5 zu § 106; Bern 162, 163; Luzern 98; Zug 90, 91; Freiburg 128, 159; Wallis 147; Neuenburg 168. Im Verfahren ohne vorausgehenden Sühnversuch vgl. auch Nidwalden 50 und Appenzell Ausserrhoden 119. Zur Verbesserung fehlerhafter Prozesshandlungen s. Guldener S. 279 ff. und Habscheid S. 189.

73 Guldener S. 232 Ziff. 5, s. auch S. 285 N. 28.

§ 4 DER DAUERZUSTAND DER R.

I. G r u n d s a t z

Die R. dauert fast ausnahmslos von ihrem Eintritt (s.o.) bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreites. Sie wird nicht unterbrochen durch Prozessüberweisung, Sistierung, Rechtsstillstand, tatsächlichen Stillstand¹ (das Gericht tut nichts in der Sache) oder Gerichtsferien. Einzelne Prozessgesetze halten ausdrücklich fest, dass bei teilweise Klagerückzug, Klageanerkennung oder Vergleich die R. nur zum entsprechenden Teil erlösche². So wird denn auch mit gewisser Berechtigung gesagt, die R. stehe in enger Verbindung mit dem materiellen Anspruch im Prozess³.

II. D i e R e f o r m

Als prozessrechtliche Rarität kennen noch zwei Kantone die Reform des Prozesses⁴. Durch dieses Institut kann ein Prozess im Einverständnis beider Parteien oder mit Zustimmung des Richters bis zu einem bestimmten Verfahrensstadium widerrufen und teilweise oder gänzlich neu durchgeführt werden. Aber auch die Reformklärung vermag die R. im allgemeinen nicht zu unterbrechen^{5/6}.

III. A u s s e r o r d e n t l i c h e r U n t e r b r u c h d e r R.

Eine Ausnahme vom Grundsatz des Dauerzustandes der R. lässt sich allerdings darin erblicken, dass trotz der Beendigung der R. zufolge rechtskräftiger Prozesserledigung dieselbe wieder aufleben kann, nämlich dann, wenn gegen den rechtskräftigen Entscheid ein ausserordentliches Rechtsmittel ergriffen wird.⁷.

1 Zur Prozessverjährung s. unten § 5 II C.

2 Dazu unten § 5 II A.

3 Kleinfeller, Bd. 55 S. 200, 213, 214.

4 Waadt 153 ff.; Neuenburg 77 ff..

5 Bei der Totalreform im Kanton Neuenburg muss die neue Klage innert drei Tagen seit der Reformklärung eingeleitet werden, ansonsten die R. dahinfällt (Art. 82 ZPO).

6 Zur Reform und der Kritik an diesem Institut s. Habscheid S. 189 f.; Ulrich S. 24; vgl. auch Guldener S. 288.

7 Unten § 5 I Ziff. 2.

Dass es sich hiebei um keinen gewöhnlichen Unterbruch der R. handelt, geht schon aus der Benennung des Rechtsmittels hervor: Damit eine Partei ein solches Rechtsmittel ergreifen kann und in der Folge die erloschene R. wieder auflebt, müssen eben schon *a u s s e r o r - d e n t l i c h e* Umstände als Voraussetzungen vorliegen. Mit der Betonung auf der Ausserordentlichkeit wird gleichzeitig darauf hingewiesen, dass es sich beim Unterbruch der R. nicht um einen Normalfall handelt.

§ 5 DAS ENDE DER RECHTSHAENGIGKEIT

I. Grundsätzliche Beendigung durch rechtskräftige Erledigung des Prozesses

Die Frage, wann der Zustand der R. sein Ende findet, wird nicht von allen Zivilprozessordnungen ausdrücklich beantwortet. Klar formuliert lautet z.B. der Gesetzestext des Kantons Uri, § 134 ZPO:

"Die R. tritt in allen Verfahren mit der Einreichung der Klage beim Gerichtspräsidenten ein und endet mit deren rechtskräftigen Erledigung."

Dieser eindeutigen Regelung bezüglich Ende der R. kommt allgemeingültige Bedeutung zu; sie muss auch da gelten, wo Prozessordnungen diese Frage offen gelassen haben.

Findet ein Rechtsstreit durch Urteil sein Ende, so beschäftigt sich das Gericht nicht weiter mit dem eingeklagten Anspruch des Klägers. Das bedeutet aber nichts anderes, als dass der Prozess nicht mehr beim Gericht anhängig ist. Die R. hat somit keinen Sinn mehr, da die einst streitige Rechtslage durch Urteil neu festgestellt worden ist.

Von selbst versteht sich, dass nach denjenigen Kantonen, welche die R. schon im Zusammenhang mit dem Sühnverfahren eintreten lassen, der Verfall der Weisung dem Zustand der R. ein Ende setzt, da sie sonst für immer weiter dauern würde¹. Vereinzelt kennen Kantone auch das Dahinfallen der R. durch Zeitablauf, sog. Prozessverjährung².

Doch grundsätzlich endet die R. mit der rechtskräftigen Erledigung des

1 Der ungenutzte Ablauf der Gültigkeitsdauer der Weisung berührt den materiellen Anspruch im allgemeinen nicht; bei erneuter Geltendmachung ist aber das Sühnverfahren zu wiederholen: Freiburg 125 lit. a, 156; Graubünden 64, 97; Thurgau 148, 152; Waadt 132, 137. Im Kanton Glarus wird "das Klagerecht für den Anspruch verwirkt" (Art. 87 ZPO), und im Kanton Basel Land bedeutet der Weisungsverfall "Verzicht auf den materiellen Rechtsanspruch" (85 ZPO).

2 Unten § 5 II C.

Prozesses³. Formelle Rechtskraft genügt⁴. Unter rechtskräftiger Prozesserledigung sind nicht nur Urteile in der Sache selbst (Sachurteile) zu verstehen; auch wenn der Prozess ohne Prüfung des geltend gemachten Anspruches durch Prozessurteil sein Ende findet⁵, erlischt die R.. So fällt sie durch formelle Prozesserledigung dahin, wenn die Klage z.B. wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung zurückgezogen oder zurückgewiesen wird⁶: diese Folge kommt beispielsweise der Rückweisung wegen geschützter Einrede der R. zu, da das Rechtsschutzinteresse und mithin eine Prozessvoraussetzung fehlt.

Nun bleibt noch darzulegen, in welchem Zeitpunkt von rechtskräftiger Prozesserledigung gesprochen werden kann.

1. Urteile eines e n d g ü l t i g e n t s c h e i d e n -
d e n G e r i c h t e s werden mit der Ausfällung⁷
oder Verkündung⁸ rechtskräftig. - Durch Ausfällung wird
ein Urteil nur insofern bedingt rechtskräftig, als das
auslösende Moment der Rechtskraft in der Verkündung
liegt; Rechtskraft tritt also erst mit der Verkündung
ein, wird jedoch mit Wirkung ex tunc auf den Zeitpunkt
der Ausfällung zurückbezogen⁹. Dasselbe gilt auch für

3 Guldener S. 240; Helg S. 84; Popper S. 26; Weber S. 31; Sträuli/
Messmer N. 5 zu § 102.

4 Guldener S. 390.

5 Vgl. dazu im einzelnen Walder: Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht.

6 Vgl. Leuch N. 1 zu Art. 160 am Ende. Zur formellen Prozesserledigung kommt es auch, wenn der Prozess während des pendenten Verfahrens gegenstandslos wird, z.B. wenn eine Partei im Prozess über ein höchstpersönliches, unvererbliches Recht stirbt (s. unten § 7 II 1 lit. a). Mit Bezug auf die Regelung bei Rückweisung oder Rückzug wegen eines verbesserlichen Fehlers s. unten § 5 II Ziff. 2.

7 Bund 38 OG; Zürich 190; Schwyz 163; Glarus 256; Appenzell Innerrhoden 123 Abs. 3; St. Gallen 192; Genf 460 lit. a und b.

8 Obwalden 196; Nidwalden 82; Freiburg 274; Solothurn 209; Schaffhausen 261; Thurgau 140; Tessin 290 lit. a; Wallis 272. Vgl. auch Luzern 252 Abs. 3; Appenzell Ausserrhoden 294; Aargau 334; für Neuenburg s. Recueil 1953/57 S. 172.

9 Guldener S. 390 N. 114.

das Ende der R..

2. Wird einem rechtskräftigen Urteil beim Ergreifen eines ausserordentlichen Rechtsmittels aber aufschiebende Wirkung zugesprochen, oder wird es dadurch sogar aufgehoben, so lebt die R. wiederum auf (im Umfange des Rechtsmittelantrages).
3. Ist gegen ein Urteil ein ordentliches Rechtsmittel zulässig, so tritt die Rechtskraft ein bzw. endigt die R., abgesehen vom Fall der rechtskräftigen Beurteilung durch die Rechtsmittelinstanz:

a) nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist:

- mit dem Ablauf der Frist¹⁰ - oder
- mit dem Ablauf der Frist rückwirkend seit der Eröffnung oder Ausfällung des Entscheides¹¹.

b) bei Rückzug des Rechtsmittels:

- mit dem Tag des Rechtsmittelrückzuges¹², oder
- mit dem Tag des Rechtsmittelrückzuges rückwirkend auf die Eröffnung oder Ausfällung des Entscheides¹³,
oder
- mit dem Abschreibungsbeschluss der Rechtsmittel-Instanz¹⁴.

10 Bund 54 OG; Zürich 190; Luzern 240; Uri 222; Schwyz 163; Obwalden 196; Nidwalden 82; Glarus 256, 300; Solothurn 209; Basel Land 215; Schaffhausen 261; Appenzell Ausserrhoden 294; Appenzell Innerrhoden 123; St. Gallen 192; Aargau 141; Tessin 290; Waadt 303; Genf 460
lit. c. Ebenso wird Glarus 256 zu verstehen sein (vgl. Art. 300 Abs. 2 ZPO).

11 Bern 334; Freiburg 274; Thurgau 140; Wallis 272. Zur Rückbeziehung des Eintritts der Rechtskraft s. Guldener S. 391 N. 118 Abs. 2.

12 Zürich 190; Schwyz 163; Obwalden 196; Nidwalden 82 Ziff. 4; Solothurn 209; Basel Land 215, 219; Schaffhausen 261; Appenzell Innerrhoden 123.

13 Bern 334; Freiburg 274; Thurgau 310.

14 Luzern 240 N. 6: Max. VI 707.

c) bei Verzichtserklärung auf das Rechtsmittel:

- mit der Verzichtserklärung¹⁵.

Einzelne Kantone erwähnen hierfür speziell:

d) bei Nichteintritt der Rechtsmittel-Instanz auf das Rechtsmittel:

- mit dem Abweisungsentscheid bzw. dessen Zustellung¹⁶.

e) bei Ausbleiben der weiterziehenden Partei:

- mit dem Verwirkungsentscheid der Rechtsmittel-Instanz¹⁷.

f) bei Ausbleiben des Kostenvorschusses:

- mit Ablauf der ungenützten Zahlungsfrist¹⁸.

II. Besonderheiten

Bei der Frage, wann die R. zu Ende geht, tauchen einige Spezialfälle auf, die der gesonderten Erwähnung bedürfen. Es handelt sich hierbei in erster Linie um Situationen der Prozesserledigung, die durch Parteidisposition zustande kommen. Dazu gehören Klageanerkennung (s. unten A.1.), Verzicht und Klagerückzug (A.2.) (inkl. Wiedereinbringung zurückgezogener Klagen) und Vergleich (A.3.). Diese Arten von Prozesserledigungsgründen können sich auch nur auf einzelne Teile des klägerischen Anspruches beziehen (A.4.). Zudem stellt sich für einzelne Kantone die Frage nach dem Schicksal der R., wenn die Weisung zufolge ungenutztem

15 Zürich 190; Bern(rückwirkend) 334; Luzern 114, 326; Schwyz 163; Obwalden 196; Glarus 256; Freiburg (rückwirkend) 274; Solothurn 209; Basel Land 219; Schaffhausen 261; Appenzell Ausserrhoden 294; Appenzell Innerrhoden 123.

16 Nidwalden 82 Abs. 2 Ziff. 2; Obwalden 196 Abs. 3; Solothurn 209 Abs. 3.

17 Nidwalden 82 Abs. 2 Ziff. 3; Solothurn 209 Abs. 4; vgl. auch Appenzell Innerrhoden 123 Abs. 2.

18 Obwalden 196 Abs. 3; Nidwalden 82 Abs. 2 Ziff. 5; Solothurn 209 Abs. 6.

Fristablauf verfällt (B). In ganz wenigen Gesetzen ist auch vorgesehen, dass ein Prozess verjähren kann (C).

A. Prozesserledigung durch Parteidisposition

Obige drei Arten von Parteidisposition werden im allgemeinen als definitive Prozesserledigungsgründe angesehen. Einige Gesetze sehen vor, dass Klageanerkennung, Klagerückzug und gerichtlicher Vergleich durch diesbezügliches Urteil (das ja der Rechtskraft fähig ist) den Prozess beenden. Andere lassen die Parteierklärungen an sich einem rechtskräftigen Urteil gleichkommen. Wie dem auch sei, erheblich für die R. ist, dass es zur Prozesserledigung kommt und dass dadurch dem Zustand der R. ein Ende gesetzt wird¹⁹.

Anerkennung der Klage und gerichtlicher Vergleich können jederzeit und in jedem Verfahrensstadium erfolgen²⁰. Im Falle des Klagerückzuges steht der Neuerhebung der selben Klage grundsätzlich die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen; die Klage kann aber solange zurückgezogen und wieder neu erhoben werden, als sich ihre Identität nicht eindeutig feststellen lässt: sie muss zuvor individualisiert worden sein²¹.

1. Zur Klageanerkennung

Eine Klage kann nur dann rechtskräftig anerkannt werden, wenn der eingeklagte Anspruch der freien Parteidisposition unterliegt und weder Rechts-

19 Klageanerkennung und gerichtlicher Vergleich sind von Bundesrechts wegen Vollstreckungstitel (Art. 80 Abs. 2 SchKG).

20 Obwohl die meisten Kantone auf den Zustand der R. im Sühnverfahren verzichten, muss hier schon eine Klageanerkennung oder ein Vergleich trotz fehlender Spruchkompetenz des Sühnbeamten als gerichtlich qualifiziert werden und somit in Rechtskraft erwachsen können. Auch ein vor der Sühninstanz abgeschlossener Vergleich ist ein definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 2 SchKG. (Fritzsche, Bd. I S. 139; Walder, Prozesserledigung S. 143 ff.; Guldener S. 394 N. 6; Sträuli/Messmer N. 1 zu § 98 und N. 16 zu § 191; a.A. Guldener S. 402 N. 14; zur Kontroverse vgl. insb. SJZ 63 Nr. 183 S. 343 ff.).

21 BGE 88 I 166; s. unten § 11 II 2. lit. c.

norm noch Gründe der Sittlichkeit oder Sitte dem entgegenstehen^{22/23}. Bleibt mit der Anerkennung nichts mehr bestritten, wird auch der Rechtsstreit gegenstandslos und der Prozess findet seine Erledigung.

Das Bestehen der R. ist aber nicht erforderlich für eine rechtswirksame Klageanerkennung. Vielmehr kann eine Klage jederzeit während des Prozesses anerkannt werden, auch während des Sühnverfahrens. Dies gilt insbesondere für jene Kantone, die den Zustand der R. für das Sühnverfahren ausklammern. Im allgemeinen erfolgt die aufgrund einer Klageanerkennung folgende Prozesserledigung in einem eigentlichen Urteilssurrogat, und zwar ungeachtet der Existenz der R.. Gleichgültig, ob auf die Klageanerkennung hin ein richterliches Urteil ergeht, ob sie einem rechtskräftigen Urteil nur gleichgestellt oder ob ihr bezüglich Vollstreckbarkeit die Bedeutung eines solchen Urteils zugesprochen wird, im Urteilssurrogat findet der Prozess seine rechtskräftige Erledigung²⁴. Hat nun die R. zur Zeit der Klageanerkennung existiert, erlischt sie auch wieder mit dem prozesserledigenden Urteilssurrogat und mithin auf normale Weise.

2. Zum Klageverzicht und Klagerückzug

Die meisten Gesetze differenzieren nicht zwischen Klagerückzug und Klageverzicht. Beide Erklärungen des Klägers geben dem Beklagten das Mittel der Einrede der abgeurteilten Sache in die Hände, sollte der Kläger dieselbe Klage später erneut anbringen wollen.

Klare Unterschiede zwischen Klageverzicht und Klagerückzug zeigt aber z.B. die ZPO von Freiburg auf:

22 Insbesondere im Ehescheidungsprozess darf das richterliche Erkenntnis nicht aufgrund einer Klageanerkennung auf Scheidung durch die beklagte Partei ergehen; dies würde dem in Ehescheidungsprozessen vorherrschenden Prinzip der *Offizielle maximale* widersprechen.

23 Guldener S. 400 bei N. 3 und 4.

24 Vgl. Guldener S. 404.

Bund 73; Zürich 188, 191; Bern 152; Luzern 87, 326; Uri 122, 293; Schwyz 161, 164; Obwalden 114; Nidwalden 109; Zug 224; Solothurn 215 f.; Basel Stadt 257; Schaffhausen 153, 250; Appenzell Ausserrhoden 295; Appenzell Innerrhoden 134, 210; St. Gallen 206; Graubünden 83, 129, 282; Aargau 374; Thurgau 321; Tessin 352; Waadt 329, 373.

Art. 127: "Der Kläger kann ... seine Klage zurückziehen".

"Bei Klagerückzug fällt die R. mit rückwirkender Kraft dahin" ...

Art. 287: "Der Streitabstand, durch den der Kläger sein Rechtsbegehren aufgibt (Klageverzicht) ..., beendet den Prozess".

"Der Streitabstand wird einem Urteil gleichgestellt".

Was der Gesetzgeber damit sagen wollte, liegt auf der Hand: Klagerückzug gemäss Art. 127 ZPO ist ein bedingter Klagerückzug in dem Sinne, als darunter ein Rückzug unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung zu verstehen ist. Der Kläger verliert also seinen materiellen Anspruch nicht; er kann vielmehr die zurückgezogene Klage in gleicher Art und gleichem Umfang zum Gegenstand eines neuen Prozessverfahrens machen. Klageverzicht im Sinne von Art. 287 ZPO bedeutet hingegen vorbehaltlosen Verzicht auf den eingeklagten Anspruch; das Prozessergebnis ist im Endeffekt das selbe, wie wenn die Klage abgewiesen wird²⁵.

Diese Begriffsverwendung in Freiburg kann zu Verwirrungen führen. Im schweizerischen Zivilprozessrecht ist der Klageverzicht im freiburgischen Sinne allgemein unter dem Ausdruck Klagerückzug geläufig; der erneuten Wiedereinbringung einer zurückgezogenen Klage kann regelmässig mit der Einrede der rei iudicatae begegnet werden.

Nun gibt es allerdings gewisse Klagen, die bis zu einem bestimmten Verfahrensstadium zurückgezogen werden können, ohne dass ihrer späteren Wiedereinbringung die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengehalten werden könnte: Die nicht-individualisierten Klagen. Der freie Rückzug ist alsdann bis zur Individualisierung möglich, was spätestens bis zur Klageantwort der Fall sein wird. Bezeichnenderweise ist bis zu diesem Stadium auch im Kanton Freiburg der freie Rückzug generell zulässig²⁶.

25 Habscheid (S. 258 lit. a.bb) sieht den Unterschied zwischen Klagerückzug und Klageverzicht darin, dass im ersteren Falle die Klage wieder eingebracht werden kann: "Ce qui distingue le retrait de l'action (Klagerückzug) du désistement, c'est justement la faculté de réintroduire l'action par la suite". Vgl. auch Deschenaux/Castella S. 122.

26 Freiburg 127; ebenso Solothurn 145.
Zur Neuerhebung zurückgezogener, nicht individualisierter Klagen vgl. auch BGE 88 I 166.

In jedem Fall bleibt bei ausdrücklich erklärtem Klageverzicht (= vorbehaltloser Klagerückzug) eine Wiedereinbringung der Klage ausgeschlossen²⁷. Dasselbe - so Guldener²⁸ - hat g r u n d s ä t z l i c h für den Fall der Neuerhebung einer zurückgezogenen Klage zu gelten - grundsätzlich deshalb, weil die Gesetze nur in Ausnahmefällen die Wiedereinbringung zulassen. Ein solcher Ausnahmefall kann darin bestehen, dass der Beklagte sich mit dem Rückzug unter Vorbehalt der Neuerhebung einverstanden erklärt²⁹. Wird die Einrede der abgeurteilten Sache nur auf Parteienantrag berücksichtigt, so kann der gleiche Effekt erzielt werden, wenn der Klagerückzug mit der Einwilligung des Beklagten erfolgt; der Einwilligung kommt die Bedeutung eines Verzichts zum voraus auf die Einrede der abgeurteilten Sache zu³⁰. U.a. verzichtet der Kanton Genf gänzlich auf eine diesbezügliche Regelung.

Am häufigsten sehen die Gesetze eine Ausnahme im Falle der mangelhaften Klageeinleitung vor³¹. Die mangelhaft eingeleitete Klage kann zurückgezogen und umgehend verbessert und wieder eingereicht werden. Diese Ausnahme gilt auch nach Prozessordnungen, welche sie nicht ausdrücklich erwähnen³².

27 Einzelne Gesetze sehen aber vor, dass die Klage bis zu einem bestimmten Verfahrensstadium zurückgezogen werden kann, ohne dass der späteren Wiedereinbringung derselben Klage die Einrede der abgeurteilten Sache wirksam entgegengehalten werden könnte: so z.B. bis zur Zustellung der Klage an den Beklagten in Bern, Art. 162 ZPO und Leuch N. 3 zu Art. 162; bis zum Ende der Hauptverhandlung sogar in Graubünden, Art. 129 ZPO. Solchenfalls endet die R. mit dem Rückzug der Klage, da ja nicht feststeht, ob der Kläger sie überhaupt wieder einbringen werde.

28 Guldener S. 402 f.

29 Z.B. Freiburg 127; Solothurn 145; Tessin 77.

30 Z.B. Zürich 107 Ziff. 4 in Verbindung mit 191 Abs. 4; Sträuli/Messmer N. 7 zu § 107; Guldener, Dispositives Recht, S. 223 ff..

31 Bund 73 Abs. 3; Zürich 106, 107 Ziff. 4; Bern 163, Uri 136; Schwyz 95, 96 Ziff. 4; Obwalden 54 lit. d; Zug 91; Freiburg 128; Solothurn 145, 133 Abs. 3; Schaffhausen 161 Ziff. 3; Wallis 87 Ziff. 3; Neuenburg 168. - (Auf dem Wege der Gesamtrestitution kann eine Klage erneut geltend gemacht werden in Tessin, Art. 346 ff. ZPO).

32 Guldener S. 402 N. 16.

Für die R. stellt sich nun die Frage, ob sie zwischen dem Rückzug der Klage und deren Wiedereinbringung in den erwähnten Fällen erlösche oder Bestand habe. Dahinfallen wird die R., wenn der freie Rückzug, sei es von Gesetzes wegen³³, sei es mit der Zustimmung des Prozessgegners oder mit der Verzichtserklärung auf die Einrede der abgeurteilten Sache seitens des Beklagten, möglich ist. In diesen Fällen steht ja nicht fest, wann und ob überhaupt der Kläger seine zurückgezogene Klage wieder einbringen will.

Fraglich wird das Schicksal der R. hingegen, wenn die zurückgezogene Klage innert kurzer Zeit verbessert wieder einzubringen ist. Gesetz, Doktrin und Praxis weisen diesbezüglich keine einheitliche Linie auf.

So zeigt sich Unsicherheit auf diesem Gebiet in der Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich, deren I. und II. Zivilkammer kurz aufeinanderfolgend zwei divergierende Entscheidungen ausfällten und publizierten³⁴.

Eindeutig für die Beibehaltung der R. spricht sich der Kanton Wallis aus (Art. 87 Abs. 2 ZPO):

"Die Zurückziehung einer Klage wegen fehlerhafter Einleitung zum Zweck der Verbesserung und sofortiger Wiedereinbringung hebt die R. nicht auf".

Weniger eindeutig lautet der Gesetzestext von Uri (Art. 136 ZPO), der zwar von "neu rechtshängig machen" spricht und dadurch eher zur Lösung des Dahinfallens der R. für die Zwischenzeit tendiert, andererseits für die Wiedereinbringung der verbesserten Klage eine Frist von 20 Tagen vorsieht, ohne jedoch die Folgen bei Säumnis näher zu bestimmen.

Andere Gesetze datieren den Rechtshängigkeitseintritt auf den Zeitpunkt der mangelhaften Klageeinleitung zurück, wenn die Klage innert Frist

33 Freiburg 127 Abs. 2: Bei Klagerückzug fällt die R. mit rückwirkender Kraft dahin.

34 ZR 68 Nr. 108 für Beibehaltung der R., für Unterbruch: ZR 68 Nr. 109.

verbessert wieder eingebracht wird. So heisst es z.B. im Kanton Solothurn in § 133 Abs. 3 ZPO: "Bei Wiedereinreichung der verbesserten Klage innert Frist gilt für den Zeitpunkt der R. der Eingang der ersten Klage"³⁵. Das bedeutet aber, dass die trotz mangelhafter Klageeinleitung eingetretene R. durch die Behebung des Mangels in ihrem Bestand bestätigt wird.

Ein Unterbruch der R. ist m.E. gerade da nicht notwendig, wo der Kläger die mangelhafte Klage zwecks Korrektur zurückziehen und *i n n e r t F r i s t* wieder einbringen kann. Die meisten Gesetze sehen denn auch eine solche Frist vor³⁶: die einen legen sie wie der Kanton Uri gesetzlich fest; andere verlangen, dass die Wiedereinbringung "sofort" zu erfolgen habe und überlassen die Beurteilung der Rechtzeitigkeit bzw. die Ansetzung der Frist zur Verbesserung dem Ermessen des Richters; Schaffhausen z.B. (§ 161 Ziff. 3 ZPO) überlässt die Fristansetzung dem Gericht. Triftige Gründe für einen Unterbruch der R. gibt es nicht. Vielmehr sprechen folgende Erwägungen für die Beibehaltung der R. zwischen Rückzug und verbesserter Wiedereinbringung:

a) Vorwegzunehmen ist, dass eine Korrektur der mangelhaft eingeleiteten Klage schon aus Billigkeitsgründen zulässig sein muss. Einer grundsätzlichen Ueberlegung folgend schreibt Guldener³⁷, dass eine wegen Mangels unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückgezogene Klage nach den selben Regeln gehandhabt werden muss wie eine Klage, die wegen eines Mangels als unzulässig zurückgewiesen wurde. Wie im zweiten Fall muss auch im ersten Fall eine Verbesserung der Klageeinleitung nachträglich noch möglich sein. Denn ob der Richter zuerst erkennt, dass die Klage einen Mangel aufweist, oder ob ihm der Kläger darin zuvorkommt, führt zu demselben Ergebnis: die Klage ist mangelhaft eingeleitet worden und ist demzufolge zu verbessern.

b) Dem Kläger soll zur Durchsetzung seines geltend gemachten Anspruches

35 Weitere Beispiele: Bern 163; Zug 91

36 Vgl. oben N. 31.

37 Guldener S. 402 N. 16.

keine unnötigen Hindernisse durch prozessuale Vorschriften in den Weg gestellt werden. Dies widerspräche dem Zweck des Prozessrechts. Im Zweifel - so heisst es treffend in ZR 68 Nr. 108 S. 282 E. 2 - ist daher nicht anzunehmen, dass einer prozessualen Gesetzesvorschrift eine Bedeutung zukomme, die geeignet wäre, die Verfolgung materieller Ansprüche übermässig zu erschweren. Dass Prozesse beförderlich zu erledigen sind, ergibt sich schon aus dem Postulat an das Prozessrecht, den Rechtsfrieden unter den streitenden Parteien so schnell als möglich wieder herzustellen³⁸. In diesem Sinne wird auch nach § 109 der neuen Zürcher ZPO auf die Wiederholung des Sühnversuchs trotz Mängel des Sühnverfahrens verzichtet, wenn keine Aussichten auf eine gütliche Erledigung bestehen. Auch das sich immer weiter verbreitende Institut der Prozessüberweisung³⁹ lässt die Tendenz erkennen, dass Fehler in der Klageeinleitung ohne grössere Nachteile für den Kläger sollen korrigiert werden können.

- c) Die Wiedereinbringung der verbesserten Klage hat regelmässig innert Frist zu erfolgen. Das Obergericht des Kantons Zürich äusserte sich in ZR 68 Nr. 109 dazu wie folgt:

"Sinngemäss kann zur Klageeinreichung nur dann Frist angesetzt werden, wenn die frühere Klage erledigt ist, denn zwei gleiche Verfahren können nicht nebeneinander hängig sein. Eine neue, genau gleiche Klage könnte zufolge Hängigkeit des gleichen Begehrens nicht an die Hand genommen werden".

Hier wird verkannt, dass es sich bei der Wiedereinbringung gar nicht um eine neue Klage handelt. Einerseits ginge es ohnehin nicht an, Frist zur Einreichung einer neuen Klage zu setzen, (es sei denn, das Bundesrecht überlässt es dem Richter, eine Klagefrist festzusetzen):

38 Vgl. Ilg S. 14 f..

39 In den neuen Prozessordnungen von Zürich und Schwyz wurde das Institut der Prozessverweisung oder Prozessüberweisung neu aufgenommen (Zürich 112; Schwyz 101); s. dazu unten § 8 II.

Denn niemand kann gehalten werden, seinen Anspruch früher geltend zu machen als er selber will. Andererseits liegt der Sinn der erwähnten Fristansetzung eben darin, den Mangel der (schon) eingereichten Klage innert möglichst kurzer Frist zu beheben, bestehen doch triftige Gründe für die Annahme, dass der Prozess weitergeführt werde. Es kann also nicht die Rede sein von einer "neuen" Klage, sondern einzig von der "alten" Klage mit Betonung auf Verbesserung innert Frist.

- d) Gerade aus der Fristansetzung zur Verbesserung ist zu schliessen, dass die R. ohne Unterbruch fortdaure. Das Gericht behält den Prozess an Hand in der Annahme, die Verbesserung erfolge innert Frist und das Verfahren könne auf diese Weise ohne grosse zeitliche Einbusse seinen Fortgang nehmen. Erst bzw. nur der unbenutzte Fristablauf wird zwangsläufig die Aufhebung der Rechtshängigkeit zur Folge haben. - Mit Bezug auf den bernischen Zivilprozess haben sich Lehre und Rechtsprechung für die Fortdauer der R. ausgesprochen⁴⁰, obwohl in enger Anlehnung an den Wortlaut des in Frage stehenden Art. 163 ZPO auch eine andere Interpretation vertretbar wäre. Leuch geht bei seiner Auslegung vom Zweck der Bestimmung aus, welcher darin besteht, "die zwischen der Anhebung und der Rückweisung (oder sogar Neueinreichung) der Klage eintretende Verwirkung des Klagerechts aufzuhalten"⁴¹. - Nun trifft allerdings zu, dass entsprechende Vorschriften der Prozessgesetze an Bedeutung verlieren durch die in Art. 139 OR statuierte Nachfrist und deren vom Bundesgericht extensiv geprägten Anwendung⁴². Gleichwohl werden sie nicht gänzlich absorbiert: Ein weiterer Zweck liegt auch darin, den Ablauf des Pro-

40 Kummer S.112f.; Leuch N. 6 zu Art. 163 und dort zitierte Entscheide.

41 Leuch N. 6 zu Art. 163.

42 Zur Ueberschneidung von Art. 139 OR mit der Vorschrift des Prozessrechts vgl. BGE 89 II 310.

Die in OR 139 vorgesehene Nachfrist kann dem Kläger nur zugute kommen, wenn er innert der Frist, die nach kantonalem Prozessrecht für die Einreichung gilt, etwas - wenn auch nicht das Richtige - vorgenommen hat. Eine solch unrichtige Vorkehr kann die Einreichung einer mangelbehafteten Klage sein (BGE 100 III 39, 98 II 183 mit Zitaten).

zesses beförderlich zu gestalten. Würde beispielsweise die R. während der prozessrechtlichen Korrekturfrist unterbrochen, so könnte gegebenenfalls die Weisung infolge ihrer limitierten Gültigkeit verfallen; das Sühnverfahren müsste notgedrungen wiederholt werden, was den Prozessverlauf erheblich verzögern (um nicht zu sagen verschleppen) und fraglos niemandem dienen würde. - Daneben kann die besagte Vorschrift des Prozessrechts auch Bedeutung erlangen, wenn Art. 139 OR zur Heilung einer mangelhaft eingeleiteten Klage nicht anwendbar ist, insbesondere wenn keine (in N. 42 erwähnte), erforderliche Vorkehr getroffen worden ist. Mit der ausdrücklich kurz angesetzten prozessrechtlichen Nachfrist⁴³ will der Gesetzgeber eben zum Ausdruck bringen, dass der Mangel der Klageeinleitung ohne Nachteil soll verbessert werden können. Auch die Rückdatierung der R. auf den Zeitpunkt der mangelhaft eingeleiteten Klage kann in diesem Sinne interpretiert werden. Fehlt hingegen im Gesetzestext jeglicher Hinweis auf Kürze der Korrekturfrist, so darf nicht auf die ununterbrochene Fortdauer der R. geschlossen werden⁴⁴.

Was für den bernischen Zivilprozess gilt, gilt allgemein für diejenigen Prozessordnungen, nach welchen der Kläger die Möglichkeit zur Verbesserung und Wiedereinbringung der Klage innert Frist hat.

Nicht jeder Mangel gibt aber Anlass zur Ansetzung einer Nachfrist zwecks Verbesserung⁴⁵. Die Gesetze geben darüber keine exakte Auskunft⁴⁶. Nach den Kommentatoren Leuch und Sträuli/Messmer⁴⁷ finden die Vorschriften bei Vorliegen *f o r m e l l e r M ä n g e l* Anwendung. Die Praxis spricht von prozessualen oder verbesserlichen Fehlern. Der Begriff "verbesserlicher Fehler" findet sich nicht nur in kantonalen Gesetzestexten⁴⁸, sondern auch in Art. 139 OR; aber

43 Z.B. Bern 163: 10 Tage; Bund 27 Abs. 2 und Uri 136: 20 Tage.

44 Mangelhaft eingeleitete Klagen sollten innert absehbarer Zeit korrigiert werden können. Eine längere Zeitspanne, als zur Behebung des Mangels notwendig ist, rechtfertigt m.E. die Fortdauer der R. mit all ihren Auswirkungen nicht.

45 Zur Verbesserung fehlerhafter Prozesshandlungen s. im einzelnen Guldener S. 279 ff..

46 Vgl. immerhin Zürich 106.

47 Leuch N. 6 zu Art. 163; Sträuli/Messmer N. 4 zu § 106.

48 Z.B. Bern 163.

auch die Praxis zu Art. 139 OR umschreibt diesen Begriff nicht näher. - Es bedarf keiner weiteren Erläuterungen, dass ein aufgrund eines formellen Mangels ergangener Erledigungsentscheid umso stossender ist, je geringfügiger die Art des Mangels ist. Verzeihliche Fehler können beispielsweise darin bestehen, dass die Unterzeichnung der Klage oder Klageschrift oder die Einreichung der Vertretungsvollmacht vergessen gegangen ist. Das stossende Ergebnis eines derart begründeten Erledigungsentscheides beruht auf überspitztem Formalismus⁴⁹. In diesem Sinne heisst es in ZR 69 Nr. 35 S. 93, dass die Gewährung einer Möglichkeit zur Verbesserung des Mangels von dessen *V e r b e s s e r u n g s f ä h i g k e i t* und *V e r b e s s e r u n g s w ü r d i g k e i t* abhängt. Verbesserungsfähigkeit und Verbesserungswürdigkeit verlangen aber eine Prüfung des Mangels im Einzelfall. Daraus wird ersichtlich, dass die Gewährung der Verbesserungsfrist weitgehend dem Ermessen des Richters anheimgestellt ist. Dabei hat er von der Ueberlegung auszugehen, dass das materielle Recht durch die Verletzung formaler Prozessvorschriften so wenig als möglich tangiert und der Rechtsfriede unter den Streitparteien so rasch als möglich wiederhergestellt werden soll (Verbesserungswürdigkeit)⁵⁰. Des weiteren hat er darauf zu achten, ob die Heilung des Mangels innert nützlicher Frist möglich ist (Verbesserungsfähigkeit)⁵¹.

Mit Bezug auf das Ende der R. lässt sich somit folgendes zusammenfassen:

- Ein Klagerückzug während der R. bewirkt wie bei der Klageanerkennung, dass im Prozess nichts mehr streitig ist, und dass deshalb aufgrund des Rückzuges ein prozesserledigender Entscheid zu ergehen hat, mit welchem auch die R. dahinfällt.
- Wird eine an sich rechtshängig gewordene Klage wegen mangelhafter

49 Vgl. IIg S. 17, der "die Heilung fehlerhafter Klageeinleitung als Forderung der Billigkeit" bezeichnet.

50 Vgl. IIg S. 14 f..

51 Vgl. E. Steiner: Was ist "ein verbesserlicher Fehler" im Sinne von Art. 139 OR, SJZ 57 S. 43 f. und dort aufgeführte Beispiele.

Klageeinleitung zurückgewiesen oder zurückgezogen, so erlischt auch hier die R. mit dem diesbezüglichen Erledigungsentscheid, und zwar auch bei einer Rückzugserklärung unter Vorbehalt der Verbesserung und Wiedereinbringung. Wird aber nach dem Prozessrecht dem Kläger eine gesetzliche oder eine durch den Richter anzusetzende, kurze Frist zur Verbesserung formeller Mängel der Klageerhebung eingeräumt, so bleibt die R. während der Verbesserungsfrist unter Resolutivbedingung bestehen⁵² und endigt gegebenenfalls mit der Rückweisung der Klage nach unbenütztem Fristablauf⁵³.

3. Vergleich

"Vergleich ist die nach Einleitung des Prozesses eintretende Einigung der Parteien über die im Rechtsstreit auszutragende Differenz und führt zur Erledigung des Prozesses"⁵⁴. In bezug auf die R. interessiert hier die Art und Weise dieser Prozesserledigung. Zu unterscheiden sind aussergerichtlicher und gerichtlicher Vergleich.

Aussergerichtlicher Vergleich heisst der Vertrag über den eingeklagten Anspruch, der ohne Präsenz oder nachträgliche Genehmigung der mit dem Prozess befassten Instanz von den Parteien allein abgeschlossen wird. Das gegenseitige Nachgeben der Parteien äussert sich nach aussen - wie auch für das Gericht - gewöhnlich in Form von Klagerückzug seitens des Klägers oder Klageanerkennung seitens des Beklagten⁵⁵. Auf diese Weise wird auch der Prozess erledigt (s. oben unter 1. und 2.).

Gerichtlicher Vergleich ist der Vertrag über den eingeklagten Anspruch, den die Parteien in Präsenz oder mit nachträglicher richterlicher Genehmigung abschliessen.

52 Leuch N. 6 zu Art. 163; vgl. auch Leuch N. 5 zu Art. 161.

53 Sträuli/Messmer N. 5 und 6 zu § 106.

54 Walder, Prozesserledigung, S. 149.

55 Beides kann auch teilweise oder einseitig erfolgen (s. Guldener S. 393).

Einerseits handelt es sich um einen rein zivilrechtlichen Vertrag zwischen den Parteien. Für Gültigkeit und Bestand des Vertrages sind auch einzig die Bestimmungen des OR massgebend⁵⁶. Andererseits bedarf er, da der Prozess eingeleitet ist, der gerichtlichen Genehmigung. Beide Komponenten, zivilrechtliche und prozessrechtliche, sind erforderlich, damit ein gerichtlicher Vergleich seine Wirkungen entfalten kann⁵⁷.

Wie bei der Klageanerkennung können sich auch beim gerichtlichen Vergleich die Parteien nur dann gültig vergleichen, wenn ihnen über das zu Streite stehende Rechtsgut die freie Verfügungsgewalt zusteht.

Ebenso wie bei der Klageanerkennung können sich die Parteien in jedem Verfahrensabschnitt, insbesondere auch während des Sühneverfahrens, vergleichen. Die R. ist also auch hier nicht notwendige Voraussetzung für den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs⁵⁸.

Der genehmigte gerichtliche Vergleich wirkt prozesserledigend. Laut Bundesrecht (Art. 80 SchKG) wird er "vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen gleichgestellt", was zur Folge hat, dass ihm Rechtskraft zukommt⁵⁹. In dieser Beziehung sind die kantonalen Prozessgesetze an die bundesrechtlichen Regelungen gebunden. Mit Walder⁶⁰ kann somit gesagt werden, ein vom Richter genehmigter Vergleich werde - in welcher Form dies auch sein mag⁶¹ - im Endeffekt zum Surrogat eines richterlichen Urteils und mit entsprechender Rechtskraft ausgestattet⁶². Folglich er-

56 Für Verträge öffentlich-rechtlicher Natur sind bei Fehlen anderweitiger Gesetzesvorschriften die Grundsätze des Privatrechts analog heranzuziehen (Guldener S. 394 f. Ziff. 3).

57 Walder, Prozesserledigung, S. 149 ff..

58 Fürst S. 20; Guldener S. 394 lit. d.

59 Vgl. Jaeger, Komm., N. 12 zu Art. 80 SchKG; s. auch oben N. 20.

60 Walder, Prozesserledigung, S. 153 Ziff. 2.

61 Zur unterschiedlichen, kantonalen Regelung s. Guldener S. 397 f..

62 An sich kann aber nur einem Staatsakt Rechtskraft zukommen, weshalb die Annahme naheliegt, dass auch diejenigen Gesetze, welche von einer Gleichstellung des gerichtlichen Vergleiches mit einem rechtskräftigen Urteil sprechen, lediglich zum Ausdruck bringen wollen, dass der Vergleich in gleicher Weise wie ein Gerichtsurteil vollstreckbar sei (Guldener S. 397 f.).

löscht die R. beim gerichtlichen Vergleich auf dem normalen Wege durch rechtskräftige Prozesserledigung in Form eines Urteilssurrogates, eines gerichtlich genehmigten Vergleichs.

4. Teilweise Prozesserledigung durch Parteidisposition

Klageanerkennung, Klagerückzug und Vergleich können sich auch nur auf Teile des eingeklagten Anspruchs beziehen. Dadurch wird der Prozess in dem von den Parteien erklärtem Ausmass erledigt und der Prozessumfang reduziert sich auf den noch verbleibenden streitigen Anspruch. Die R. teilt das Schicksal des eingeklagten Anspruchs⁶³: Sie fällt mit Bezug auf den zufolge Parteidisposition erledigten Teil der Klage dahin, dauert aber für den noch streitig bleibenden Teil der Klage (ohne Unterbruch) fort.

B. Verfall der Weisung

Nach der Mehrzahl der schweizerischen Zivilprozessgesetze ist die Einreichung der Weisung beim Gericht konstitutives Erfordernis für die R.⁶⁴. Ist die Gültigkeit der Weisung befristet und wird sie erst nach Ablauf dieser Frist eingereicht, so gilt sie als verfallen und die R. wird gar nicht begründet⁶⁵. Zur Geltendmachung des Anspruchs ist das Verfahren gänzlich von vorne neu zu beginnen.

Einzelne Prozessordnungen lassen die R. aber schon vor der Einreichung der Weisung beim spruchkompetenten Richter aufleben. Mit dem Verfalldatum der ungenutzten Weisung erlischt auch die R., und durch verspätete Eingabe der Weisung kann sie nicht wieder begründet werden⁶⁶.

63 Vgl. Kleinfeller S. 213 unten.

64 S. im Anhang Tab. II.

65 Vgl. z.B. Zürich 101/102 sowie Sträuli/Messmer N. 4 zu § 101.

Wird eine Klage während der Weisungsfrist gar nicht rechtshängig gemacht, so gilt sie gemäss § 101 Zürich ZPO als einstweilen zurückgezogen, gleichgültig ob die Weisung nicht oder ob sie verspätet eingereicht worden ist (Walder, Zivilprozess S. 275 und 388). Zur Wahrung der Klagefrist s. oben § 3 II N. 10.

66 Vgl. Glarus 87; Freiburg 125 lit. a, 155 f.; Basel Landschaft 85; Graubünden 97 in Verbindung mit 91 und 96; Thurgau 154; Waadt 132, 137.

C. Prozessverjährung

Den meisten Zivilprozessordnungen ist die Prozessverjährung unbekannt. Aus dem römischen Recht hat sie v.a. im französischen Code de Procédure Civile Eingang gefunden (péremption de l'instance), nicht jedoch im deutschen und österreichischen Recht⁶⁷.

In der Schweiz kennen wir noch drei Kantone, welche dem Prozess durch Zeitablauf ein Ende setzen⁶⁸. Verjährung tritt ein, wenn beide Parteien über eine bestimmte Zeitspanne hinweg untätig geblieben sind: Im Kanton Tessin tritt die Verjährung nach Ablauf von zwei Jahren ausbleibender Parteitätigkeit ein⁶⁹, nach Ablauf von einem Jahr im Kanton Waadt⁷⁰ sowie im Kanton Genf⁷¹. Der Kläger verliert seinen materiellen Anspruch aber nicht⁷², sondern er kann ihn durch eine neue Klage wieder geltend machen. Durch das Institut der Prozessverjährung sollen die Parteien zur Vornahme von Prozesshandlungen angehalten werden. Auf diese Weise wird vermieden, dass der Prozess durch Verschleppung seitens der Parteien auf unbestimmte Dauer rechtshängig bleibt⁷³. Mit der Prozessverjährung erlischt in den genannten Kantonen die R.

67 Rosenberg/Schwab § 2 V. 1.

Zur Prozessverjährung s. Guldener S. 278; Habscheid S. 190.

68 Tessin 351; Waadt 125, 274, 276; Genf 311 ff..

69 Tessin 351 Abs. 2.

70 Waadt 274, 276; 6 Monate nach Ablauf der von den Parteien vereinbarten Unterbrechung von mindestens 6 Monaten (Waadt 125 Abs. 1 und 4).

71 Genf 311.

72 Vgl. Genf 312 Abs. 2.

Die während des Rechtsmittelverfahrens erfolgende Verjährung bewirkt jedoch, dass der angefochtene Entscheid rechtskräftig wird (s. Favey/Junod N. 1 zu Art. 125: La péremption de l'instance de recours laisse subsister le jugement qui devient définitif et exécutoire).

73 Zu weiteren Voraussetzungen für die Prozessverjährung s. Guldener S. 278 N. 3.

3. TEIL

DIE ZIVILPROZESSUALEN WIRKUNGEN DER RECHTSHAENGIGKEIT

§ 6 DIE WIRKUNGEN DER R. IM ALLGEMEINEN

Wie oben im ersten Teil dargelegt worden ist, soll die R. mit ihren Wirkungen das eine gewisse Zeit dauernde prozessuale Verfahren "befestigen"¹, damit dieses ungestört von etwelchen Einflüssen seinen Fortgang nehmen kann.

Das Prozessrecht kennt verschiedene Einrichtungen, welche als Wirkungen der R. anzusehen sind. Mehrere Gesetze zählen diese Wirkungen im einzelnen auf², doch handelt es sich dabei nicht um abschliessende Aufzählungen. Gewisse Wirkungen resultieren aus allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätzen und werden, weil sie offenbar als selbstverständlich erachtet werden, nicht in allen Prozessordnungen ausdrücklich erwähnt. Daneben gibt es Gesetze, die wohl entsprechende Einrichtungen kennen, aber sie nicht als Wirkungen der R. bezeichnen³. Auch zeitigt die R., welche nach einzelnen Gesetzen schon zu Beginn des Sühnverfahrens eintritt, nicht die gleichen Wirkungen wie die R., welche erst in einem späteren Verfahrensstadium eintritt⁴.

Nicht alle R.-Wirkungen müssen auch notwendigerweise schon mit Beginn der R. eintreten. Eine einzelne Wirkung kann sich sogar in verschiedenen Prozesstadien entfalten, je nach den konkreten Umständen: Zeitliche Unterschiede können sich z.B. ergeben, weil für bestimmte Wirkungen nicht nur die Existenz der R., sondern auch - wie noch zu sehen sein wird -

1 Vgl. Guldener S. 230.

2 Z.B. Nidwalden 70.

3 Keine Aufzählung der R.-Wirkungen kennt z.B. der Kanton Basel Stadt.

4 Eine Uebersicht über die von den Zivilprozessordnungen ausdrücklich erwähnten Wirkungen der R. findet sich unten im Anhang, Tab. III.

die eindeutig individualisierte Klage vorausgesetzt wird, die Individualisierung aber bei gewissen Klagen im Zeitpunkt des R.-Eintrittes noch fehlt.

Ein allgemeingültiger einheitlicher Katalog von R.-Wirkungen lässt sich daher für die Zivilprozessordnungen in der Schweiz nicht aufstellen⁵. Vorweg können einmal die verschiedenen Wirkungen in solche materiell-rechtlicher⁶ und solche prozessualer Art unterteilt werden. Die prozessualen Wirkungen, auf die in den nachstehenden Paragraphen näher eingegangen wird, lassen sich aber systematisch gliedern⁷. Die folgende Aufteilung stellt einen solchen Gliederungsversuch dar.

5 Zu Vergleichszwecken seien an dieser Stelle die Wirkungen nach dem deutschen und österreichischen Zivilprozessrecht aufgeführt.

a) Die Wirkungen der R. im deutschen Zivilprozess nach Schönke/Kuchinke, § 44 II 2. S. 203 (vgl. auch Hellwig, System S. 358 f. und Bernhardt, Wolfgang: Das Zivilprozessrecht, 3.A., Berlin 1968, § 31 II S. 198 ff.):

- Ausschluss eines gleichzeitigen zweiten Prozesses über dieselbe Streitsache.
- Festlegung des Prozessgerichts (*perpetuatio fori*).
- Ausschluss des Parteiwechsels trotz Veräusserung der im Streit befangenen Sache (*perpetuatio partium*).
- Beschränkung der Klageänderung.
- Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage.
- Zulässigkeit der Haupt-, Nebenintervention und Streitverkündung.

b) Die Wirkungen der R. im österreichischen Zivilprozess nach Holzhammer S. 190:

- Ein Parteiwechsel ist nicht mehr ohne weiteres möglich, auch nicht durch Aenderung der Sachlegitimation zufolge Einzelrechtsübertragung (*perpetuatio partium*).
- Derselbe Anspruch darf weder beim gleichen noch bei einem anderen Gericht ein zweites Mal zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden.
- Eine Klageänderung ist nicht mehr ohne weiteres möglich.
- Die Gerichtsstände des Hauptprozesses (*perpetuatio fori*) und der Widerklage werden begründet.
- Prozessuale Wahlrechte werden konsumiert.

6 Auf die materiellrechtlichen Wirkungen der R. wird im folgenden nicht näher eingetreten. Im Kanton Bern wird z.B. in Art. 160 Ziff. 1 ZPO darauf hingewiesen, dass die R. jede Ersitzung und Verjährung unterbreche; s. dazu Leuch N. 2 zu Art. 160. Vgl. auch Guldener S. 230 N. 2; Habscheid S. 249 f.; Deschenaux/Castella S. 123.

7 Vgl. die Aufzählungen von R.-Wirkungen bei Helg S. 20; Popper S. 28; Weber s. 19 f.; Guldener S. 230; Habscheid S. 249 ff.; Walder, Zivilprozess S. 292 ff. mit Beispielen.

1. Fixierende Wirkungen

Grundlegende Gegebenheiten im Prozess dürfen ab Eintritt der R. nicht mehr oder nur noch beschränkt verändert werden: Sie werden grundsätzlich fixiert. Von der Fixierung betroffen werden neben den Parteien (unten § 7) die Zuständigkeit des Gerichts (§ 8) sowie gewisse Teile der Klage (§ 9).

2. Pflichten oder Lasten begründende Wirkungen

Aus der R. ergeben sich auch bestimmte Pflichten oder Lasten. So sind die Parteien gehalten, den Streitgegenstand nicht mehr zu verändern, wenn dies der Gegenpartei zum Nachteil gereichen könnte (§ 10). Beide Parteien sind auch in gewisser Weise an den Prozess gebunden (§ 11).

3. Rechte begründende Wirkungen

Aus der R. fliessen auch gewisse Rechte: Das Recht zur Einrede der R. gegen einen zweiten gleichgerichteten Prozess (§ 12) sowie Rechte mit Bezug auf eine Widerklage, eine Haupt- oder Nebenintervention (§ 13).

4. Oeffentliche Pflicht begründende Wirkung

Dem Richter obliegt die Prüfung der Klage und Wiederherstellung des Rechtsfriedens unter den Parteien durch Ausfällung eines Entscheides (§ 14).

1. ABSCHNITT: F I X I E R E N D E W I R K U N G E N

§ 7 DIE FIXIERUNG DER PARTEIEN

I. G r u n d s a t z

Die an einem Prozess beteiligten Parteien bleiben von der Anhängigmachung der Klage an in ihrer Parteistellung g r u n d s ä t z l i c h fixiert¹. Dieser Grundsatz, der schon dem römischen Zivilprozessrecht bekannt war^{1a}, wird von den Gesetzen nicht ausdrücklich erwähnt. Sie weisen meist nur auf ausnahmsweise zulässige Parteiwechsel hin und normieren auf diese Weise den Grundsatz der Parteifixierung indirekt.

1. Die Parteifixierung im allgemeinen

Der Grundsatz der Parteifixierung ergibt sich auf Grund einer Interessenabwägung. Im einen verfolgt das Prozessrecht die Absicht, dass Prozesse ungestört und beförderlich abgewickelt werden können. Es liegt nicht im Interesse des Staates, den Parteiwechsel generell für zulässig zu erklären, weil dadurch unerwünschte Verzögerungen auftreten könnten. Daneben haben auch die Parteien ein Interesse daran, dass es zwischen den ursprünglichen Parteien zu einer rechtskräftigen Entscheidung kommt. - Im anderen will das Prozessrecht aus ökonomischen Gründen künftige Prozesse nach Möglichkeit vermeiden; es liegt also auch im Interesse des Staates, dass Entscheidungen zwischen den tatsächlichen Berechtigten und Verpflichteten ergehen. Das sind aber nicht immer die ursprünglich, im Zeitpunkt der Klageerhebung bzw. Anhängigmachung Berechtigten und Verpflichteten. Desgleichen kann die Partei an einem Parteiwechsel interessiert sein, damit ohne aufwendige Repetition des Verfahrens wegen Fehlens oder Veränderung der Sachlegitimation der Rechtsstreit zwischen den tatsächlich Aktiv- und Passivlegitimierten zu Ende geführt werden kann. Den divergierenden Interessen wird nun in einer Kompromisslösung

1 Kupfer S. 45; Helg S. 20 ff.; Popper S. 30 ff.; Weber S. 110 ff.

1a Wenger S. 172: Durch die Litiskontestation wird die Rolle des Klägers und des Beklagten festgelegt.

nachgekommen, indem der Parteiwechsel während des Prozessverfahrens grundsätzlich für unzulässig erklärt, in gewissen Fällen jedoch gestattet wird².

2. Der Beginn der Parteifixierung

Da die Prozessordnungen den Grundsatz der Parteifixierung nicht direkt normieren, sind bezüglich des Beginns der Fixierung die Normen, welche die Ausnahmen des Grundsatzes ins Auge fassen, beizuziehen.

Die Frage nach der Zulässigkeit eines Parteiwechsels wird sehr häufig im Zusammenhang mit der Veräusserung des Streitgegenstandes während des Prozesses gestellt: Erhält der Erwerber als Rechtsnachfolger des Veräusserers auch das Recht, an dessen Stelle in den Prozess einzutreten? - oder begründet die Veräusserung gar eine diesbezügliche Pflicht? - oder verbleibt der Veräusserer während der ganzen Dauer des Prozessverfahrens in seiner Parteistellung? - Die einzelnen Prozessgesetze beantworten diese Frage recht unterschiedlich³. An dieser Stelle ist aber einzig von Bedeutung, während welchem Verfahrensstadium die Gesetze einen Parteiwechsel zufolge Veräusserung des Streitgegenstandes zulassen bzw. untersagen. So heisst es z.B. in Zürich unter dem Marginale "Parteiwechsel" in § 49 ZPO: "Büsst eine Partei das eingeklagte Recht ein oder wird sie von der eingeklagten Verpflichtung frei, weil sie den Streitgegenstand während des Prozesses veräussert, so ist der Erwerber berechtigt, an ihrer Stelle in den Prozess einzutreten". Das von Zürich gewählte Stadium wird mit den Worten "während des Prozesses" umschrieben⁴. Mit dieser etwas weit gefassten Formulierung will der Gesetzgeber auf den Zustand der R. hinweisen: während des Prozesses bedeutet gleichviel wie während der R.. Diese Gleichstellung erklärt sich daraus, dass der entsprechende § 47 der alten Zürcher ZPO aus-

2 S. unten II; vgl. auch Helg S. 21; Popper S. 30.

3 S. unten II 3. Zur Veräusserung des Streitgegenstandes während des Prozesses und einem diesbezüglichen, prozessrechtlichen Verbot s. unten § 10 I.

4 Die gleiche Formulierung findet sich z.B. in Schwyz 45 ZPO; Appenzell Ausserrhoden 58; Appenzell Innerrhoden 62; St. Gallen 116; auch Wallis 63 ZPO unter dem Titel 5.

drücklich auf die R. Bezug genommen hatte, und mit der revidierten Fassung von neu § 49 ZPO diesbezüglich keine Aenderung bezweckt worden ist⁵. Die Zulässigkeit des Parteiwechsels zufolge Veräusserung des Streitgegenstandes wird mithin auf den Zeitraum der R. beschränkt.

Nach den meisten Prozessordnungen tritt aber die Relation von Parteifixierung und R. noch deutlicher zutage. Sie nehmen zur Frage der Parteistellung von Veräusserer und Erwerber des Streitgegenstandes im Zusammenhang mit den Wirkungen der R. Stellung⁶. Aus der systematischen Stellung heraus ist zu schliessen, dass der Grundsatz der Parteifixierung mit dem Eintritt der R. beginnt und für deren Dauer Geltung hat. Die P a r t e i f i x i e r u n g ist somit als Grundsatz eine W i r k u n g d e r R e c h t s h ä n g i g k e i t⁷.

II. A u s n a n n e n

Ob ein Parteiwechsel zulässig ist oder nicht, hängt weitgehend vom konkreten Einzelfall ab. Daneben lässt die legislative Tendenz erkennen, dass die Voraussetzungen für einen Parteiwechsel erleichtert werden, der Parteiwechsel damit in immer breiterem Rahmen zugelassen wird⁸. Das hat zur Folge, dass neben dem Grundsatz der Parteifixierung eine Vielfalt von Ausnahmefällen besteht. Aus diesem weitläufigen Gebiet seien im folgenden nur die wichtigsten Arten von Ausnahmen gestreift. Zur Frage, ob ein Parteiwechsel solcher Art eine Klageänderung darstelle oder nicht, wird nicht näher eingegangen⁹.

5 Sträuli/Messmer N. 9 zu § 49 mit dem Hinweis auf das Protokoll der Expertenkommission (Prot. EK 54, 796).

6 Bund 21 Abs. 2 ZPO; Luzern 103; Uri 135; Obwalden 54 lit. b; Zug 82 Ziff. 4; Freiburg 126 lit. c; Solothurn 57 lit. c.

7 Vgl. Kupfer S. 47; Helg S. 30; Popper S. 30; Weber S. 110.

8 Vgl. z.B. alt § 47 und neu § 49 Zürich ZPO.

Nach Art. 17 Abs. 3 BZPO gilt Rechtsnachfolge auf Grund von Gesamtnachfolge sowie kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung n i c h t als Parteiwechsel.

9 S. dazu Bischofberger S. 102 und 72 ff. sowie Helg S. 27 mit Zitaten.

1. Gesamtnachfolge während des Prozesses

Von besonderer Bedeutung sind die vom Bundesrecht geregelten Fälle der Gesamtnachfolge. Mit Bezug auf diese Fälle findet in den Prozessordnungen, welche die Möglichkeiten von Parteiwechseln regeln, meist nur der Todesfall einer Prozesspartei explizit Erwähnung¹⁰.

Stirbt eine Partei während des hängigen Prozesses, so treten *i p s o i u r e* die Erben als *R e c h t s - u n d P f l i c h t e n - n a c h f o l g e r* des Verstorbenen in den Prozess ein (Art. 560 ZGB)¹¹; einer Genehmigung seitens des Richters oder der Gegenpartei bedarf es nicht. Bei der Gesamtnachfolge infolge Erbanges ist aber folgendes zu beachten:

- a) Geht es im hängigen Prozess um einen höchstpersönlichen, unvererblichen Anspruch des Verstorbenen, so wird der Prozess gegenstandslos, aber die Erben treten doch insoweit in den Prozess ein, als gegenüber ihnen durch formelle Prozesserledigung die Feststellung der Gegenstandslosigkeit sowie der Entscheidung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu ergehen hat^{12/13}.
- b) Nach Art. 566 ff. ZGB sind die Erben befugt, innert Frist von 3 Monaten die Erbschaft auszuschlagen. Dadurch entlasten sie sich einer-

10 Z.B. Bern 40; Obwalden 46; Glarus 47 Abs. 3; Zug 21; Freiburg 84; Schaffhausen 98; Wallis 62. Solothurn weist neben dem Todesfall einer Partei (§ 34) in § 35 ZPO auch auf die ü b r i g e n Fälle der Gesamtnachfolge hin. Zur Gesamtnachfolge infolge Erbanges vgl. im einzelnen Schwager, Peter, Die Nachfolge in den Zivilprozess infolge Erbanges, Diss. Zürich 1958.

11 Tuor/Picenoni, Komm. zum schweiz. ZGB, Bd. III, 2. Abtlg., N. 3 zu Art. 560 S. 588; Schwager, a.a.O. S. 6.

12 Sträuli/Messmer N. 12 zu § 49; Walder, Zivilprozess S. 183.

13 Besondere Fälle der Gegenstandslosigkeit von Prozessen im Todesfalle einer Partei werden aufgezeigt bei Walder, Prozesserledigung S. 98 f.. *V e r e r b b a r* sind aber Ansprüche, die einer Partei aus einem höchstpersönlichen Recht (z.B. aus Gründervorteilen) *b i s z u i h r e m T o d e s t a g e* zugestanden hätten. Solche Ansprüche fallen als Aktivum in die Erbmasse, und in diesem Umfange kann ein noch vom Rechtsträger anhängig gemachter Prozess von dessen Erben weitergeführt werden.

seits von den Pflichten des Erblassers, verzichten aber andererseits auf die Rechtsnachfolge. Ausschlagung der Erbschaft bedeutet somit auch Verzicht auf den Eintritt in den rechtshängigen Prozess des Erblassers. Bis zur Stellungnahme sämtlicher Erben, jedoch spätestens bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist besteht Ungewissheit darüber, ob die Erben die Erbschaft annehmen und in den rechtshängigen Prozess des Erblassers eintreten werden. Mit Sträuli/Messmer¹⁴ kann während dieser Zeit die Parteistellung der Erben als *r e s o l u t i v b e d i n g t* bezeichnet werden. Wird die Erbschaft von allen Erben ausgeschlagen, so wird sie konkursamtlich liquidiert (Art. 573 ZGB) und die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs finden Anwendung.

Die bundesrechtlichen Bestimmungen erübrigen eine Regelung des Parteiwechsels im Todesfalle einer Partei durch das kantonale Prozessrecht. Das gilt allgemein für die Fälle der Gesamtnachfolge¹⁵. So verzichten die revidierten Prozessordnungen von Zürich und Schwyz auf eine spezifische Regelung betreffend den Parteiwechsel infolge Todes einer Partei und verweisen auf die umfassende Normierung nach Bundesrecht¹⁶.

Im Falle der Gesamtnachfolge treten die Rechts- und Pflichtennachfolger ohne weiteres in den Prozess ein¹⁷. Der Grundsatz der Parteifixierung als Wirkung der R. erleidet hier von Bundesrechts wegen einen Durchbruch.

2. Konkurs einer Prozesspartei

In einigen Prozessordnungen wird mit Bezug auf einen Parteiwechsel der

14 Sträuli/Messmer N. 11 zu § 49.

15 Vgl. Sträuli/Messmer N. 11 zu § 49.

Zu weiteren Fällen von Gesamtnachfolge s. von Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, S. 818 Ziff. 5.; Guhl, Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6.A. S. 355.

16 Vgl. alt § 49 mit neu § 49 Abs. 2 Zürich ZPO sowie Sträuli/Messmer N. 11 zu § 49.

17 Bischofberger S. 103.

Konkurs einer Prozesspartei speziell erwähnt¹⁸. Die Gesetze weisen darauf hin, dass sich in diesem Fall das weitere Verfahren nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs bestimmt. Der Prozess ist in der Regel vorerst zu sistieren¹⁹. Der Konkursverwaltung wird Frist angesetzt, um sich als Vertreterin der Konkursmasse über die Weiterführung des Prozesses zu entscheiden²⁰. Anstelle der Masse kann gegebenenfalls auch ein Konkursgläubiger (Abtretungsgläubiger) in den hängigen Prozess eintreten²¹. Einzelne Prozessgesetze halten fest, dass ein Parteiwechsel nicht nur im Konkursfalle ohne weiteres stattfindet, sondern allgemein immer dann, wenn es sich "aus gesetzlichen Sonderbestimmungen" ergibt²². Diese redaktionelle Fassung bietet den Vorteil, dass auch die unter Ziffer 1. erwähnten, bundesrechtlich geregelten Fälle der Gesamtnachfolge darunter zu verstehen sind. In diesem Zusammenhang spricht Helg deshalb von gesetzlichem Parteiwechsel²³.

In Zürich wird nach neu § 49 ZPO der Parteiwechsel infolge Konkurses unter die Fälle der Gesamtnachfolge subsumiert²⁴; die bundesrechtliche Regelung erübrigte die Beibehaltung von alt § 48 ZPO²⁵.

Bischofberger vertritt allerdings die Ansicht, dass der Konkurs einer Partei während eines hängigen Prozesses keinen Parteiwechsel zur Folge

18 Z.B. Freiburg 85 Abs. 2; Schaffhausen 97; Appenzell Ausserrhoden 58 Abs. 2; Appenzell Innerrhoden 65; Graubünden 66 Abs. 3; Thurgau 32.

19 Art. 207 SchKG.

20 Art. 240 SchKG; Fritzsche, Bd. II S. 133.
Der Gemeinschuldner führt aber den Prozess weiter, wenn es um einen höchstpersönlichen Anspruch geht (Walder, Zivilprozess S. 183).

21 Art. 260 SchKG; Fritzsche, Bd. II S. 171 ff.; vgl. auch Walder, Zivilprozess S. 181 N. 18.

22 Z.B. Freiburg 85 Abs. 2; Wallis 64 Abs. 2.

23 Helg S. 27 f..

24 S. Amtsblatt des Kt. Zürich, 1971, Antrag RR, § 49 S. 1900; vgl. auch Schwyz 45; Solothurn 35.

25 Vgl. Walder, Zivilprozess S. 181 lit. B.

hat, sondern lediglich die Prozessführungsbefugnis verändert²⁶. Tatsächlich verliert der Konkursit bis zur Verwertung sein Eigentum am Vermögen, welches die Konkursmasse ausmacht, nicht. Hingegen kann er darüber nicht mehr verfügen. Diese Aufgabe kommt der Konkursverwaltung zu, die somit - im Unterschied zu den Erben bei der Gesamtnachfolge wegen Erbanges - nur die Verfügungsmacht über das Vermögen erlangt.

Für die vorliegende Arbeit ist diese sicher interessante Frage nicht relevant. So oder so findet eine *w e s e n t l i c h e* Veränderung bei einer Partei statt, die eine Ausnahme von der durch die R. bewirkten Fixierung darstellt.

3. Einzelnachfolge während des Prozesses

Durch die Veräusserung des Streitgegenstandes während des Prozesses fällt die materielle und die prozessuale Rechtslage auseinander: Die Legitimation zur Sache geht auf den Erwerber über, auch wenn die Veräusserung des Streitgegenstandes einem zivilprozessualen Veräusserungsverbot zuwider erfolgt²⁷. Prozessrechtlich stellt sich die Frage, ob mit dem Wechsel in der Sachlegitimation auch die Prozessführungsbefugnis auf den Erwerber übergehen oder ob diese in Berücksichtigung des Grundsatzes der Parteifixierung beim Veräusserer verbleiben soll. Letzteres wird dann vertretbar, wenn für das Urteil der Sachverhalt zur Zeit des Eintritts der R. massgebend ist²⁸. Soll aber das Urteil die Rechtslage zur Zeit der Urteilsfällung feststellen und bleibt der Veräusserer Prozesspartei, so ist die Klage mangels Sachlegitimation abzuweisen²⁹; für die Prüfung der neuen Rechtslage muss notfalls ein

26 Bischofberger S. 90 ff.; ebenso Guldener S. 145. Zur Fortsetzung des Aktivprozesses - nicht aber des Passivprozesses - durch den Kridaren s. Sträuli/Messmer N. 6 lit. b zu § 49 mit Zitaten; Leuch zu Art. 41; Walder, Zivilprozess S. 182; a.A. Guldener S. 145 f.

27 Vgl. Weber S. 112. Zur Tragweite eines zivilprozessualen Veräusserungsverbot des Streitgegenstandes s. unten § 10.

28 Vgl. Guldener S. 291 Ziff. 1.

29 Walder, Zivilprozess S. 177.

weiteres Prozessverfahren von Grund auf neu angestrebt werden³⁰. Guldener³¹ vertritt die Auffassung, dass bei erfolgter Veräusserung seitens des Klägers das Rechtsbegehren in dem Sinne anzupassen sei, dass der Beklagte an den Erwerber zu leisten habe. Diese Lösung ist allerdings mit dem von verschiedenen Kantonen statuierten Verbot, das Rechtsbegehren zu ändern³², unvereinbar. Es steht einzig fest, dass die Rechtsübertragung berücksichtigt werden muss, wenn die Sachlage im Zeitpunkt der Urteilsfällung die für das Urteil massgebende ist. Auf die Theorien, nach welchen die Veräusserung während der R. keine privatrechtlichen Wirkungen (Bedingungstheorie) oder relative Nichtigkeit gegenüber der Gegenpartei (Irrelevanztheorie) zeitigen soll, sei hier nicht näher eingegangen³³: Gültigkeit und Wirkungen von Veräusserungsgeschäften bestimmen sich nur nach dem Privatrecht³⁴.

Die den Zivilprozessordnungen der Schweiz bekannten Regelungen lassen sich in grossen Zügen in zwei Gruppen unterteilen.

- a) Viele Kantone erklären den Eintritt des Erwerbers in den Prozess bei Zustimmung der Gegenpartei oder beider Parteien für zulässig³⁵. Zu dieser Gruppe sind auch die Kantone Zürich und Schwyz zu zählen, die es zwar im Falle der Veräusserung des Streitgegenstandes gänzlich ins Belieben des Erwerbers stellen, ob er anstelle des Veräusserers in den Prozess eintreten will oder nicht, in den übrigen Fällen der Einzelnachfolge - unter Vorbehalt der oben erwähnten Gesamtnachfolge - aber ebenfalls den Parteiwechsel vom Einverständnis der bisherig beteiligten Parteien abhängig machen³⁶.

30 Vgl. Grunsky, Veräusserung S. 99.

31 Guldener S. 292.

32 Unten § 9.

33 Vgl. dazu Kupfer S. 80; Bischofberger S. 78 f.; Grunsky, Veräusserung S. 99 ff..

34 Unten § 10 I.

35 Luzern 103 Abs. 3; Schaffhausen 96; Appenzell Ausserrhoden 58; Appenzell Innerrhoden 62; St. Gallen 116; Thurgau 31; Tessin 110; Waadt 64. Bei Untergang des Veräusserers bedarf es nicht mehr der Zustimmung des Gegners für den Eintritt des Erwerbers in den Prozess, SJZ 67 Nr. 91.

36 Zürich 49 Abs. 1 und 2; Schwyz 45 Abs. 1 und 2.

- b) Einige Kantone bestimmen, dass ein Parteiwechsel auch wider den Willen der Gegenpartei erfolgen kann, sofern ihr Sicherheit für die Urteilsvollstreckung geleistet wird³⁷. Damit ist implicite gesagt, dass der Rechtsnachfolger mit der Zustimmung der Gegenpartei auch ohne Sicherheitsleistung in den Prozess eintreten kann³⁸. Im Vergleich zu der oben erwähnten Gruppe handelt es sich hier also um eine erweiterte Möglichkeit zulässigen Parteiwechsels.

Die Einzelnachfolge führt demnach in der Schweiz nicht zwangsläufig zu einem Parteiwechsel. Vielmehr verleihen die Gesetze dem Erwerber nur bei Gegebenheit bestimmter Voraussetzungen das Recht, in den Prozess einzutreten. Da es sich nicht um eine Pflicht handelt, braucht der Erwerber nicht von seinem Recht Gebrauch zu machen, und der Prozess muss dann vom Veräusserer zu Ende geführt werden.

Erfolgt die Rechtsnachfolge nach Eintritt der Rechtskraft, so erstreckt sich die Wirkung des Urteils natürlich auch auf den Rechtsnachfolger. Einzelne Gesetze dehnen die Rechtskraft des Urteils auch auf den Erwerber aus, der während der R. erworben hat³⁹. Nach anderen Gesetzen ist die Klage mangels Sachlegitimation abzuweisen. Wird die Sachlegitimation von der Veräusserung nicht berührt, was einzelne Prozessgesetze solchermassen festhalten⁴⁰, dann ergibt sich ein Sachurteil, das den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht werden kann. Guldener sagt hierzu "die Massgeblichkeit des materiellen Rechts für die Urteilsfindung werde verneint"⁴¹.

37 Bern 41; Obwalden 47; Zug 21 Abs. 2; Freiburg 85 Abs. 1; Solothurn 36 Abs. 1; Wallis 63.

38 Leuch schreibt zu Art. 41 u.a.: "Die Zulässigkeit des Parteiwechsels ist wie eine Prozessvoraussetzung vorfrageweise zu prüfen, aber nur bei Bestreitung durch den Gegner".

39 Luzern 103 Abs. 4; Uri 135 Abs. 3; auch Tessin 110 Abs. 1, allerdings zurecht unter dem Vorbehalt des gutgläubigen Erwerbs vom Unberechtigten (Art. 933, 973 ZGB).
Zur Problematik dieser Regelung s. Guldener S. 290 ff..

40 Z.B. Bund 21 Abs. 2; Obwalden 54 lit. b; Freiburg 126 lit. c; Solothurn 57 lit. c. Vgl. auch Zug 82 Ziff. 4 sowie Leuch zu Art. 41 und N. 1 zu Art. 160.

41 Guldener S. 291 f., insb. N. 18 S. 292.

4. Entmündigung während des Prozesses

Einige Gesetze erwähnen im Zusammenhang mit den verschiedenen Möglichkeiten, die zu einem Parteiwechsel führen können, auch die Entmündigung einer Partei während des pendenten Rechtsstreites⁴². Die zu bevormundende Partei verliert aber nicht etwa ihre Parteifähigkeit, sondern (- eventuell nur in beschränktem Ausmass⁴³ -) ihre Prozessfähigkeit. Ist es der Beklagte, der während eines Rechtsstreites entmündigt wird, so wird er als Prozessunfähiger durch einen Beirat oder Vormund im Prozess *v e r t r e t e n*. Die Prozessunfähigkeit des Beklagten darf keinesfalls dem Kläger die Möglichkeit zur Durchsetzung seines Anspruches vereiteln. - Ist es der Kläger, dessen Prozessunfähigkeit erst im Laufe der Prozesses vermutet wird, so ist der Prozess zu sistieren, bis über die allfällige Entmündigung oder Verbeiständung Gewissheit vorliegt. Folge davon ist, dass die Entscheidung über Klagerückzug oder Fortsetzung des Prozesses Sache des Vormunds bzw. Beirates ist. Von der Hand zu weisen ist die Klage dann, wenn der Kläger von Beginn weg seine Prozessunfähigkeit nicht bestreitet⁴⁴.

Wird eine Partei während eines hängigen Prozesses bevormundet oder verbeiständet, dann wird zwar deren Prozessfähigkeit, nicht aber deren Parteifähigkeit tangiert. Die Fortführung des Prozesses durch den Vormund bzw. Beirat darf mithin nicht als Parteiwechsel qualifiziert werden. Vielmehr handelt es sich dann um ein Problem der gesetzlichen Vertretung⁴⁵.

42 Z.B. Schaffhausen 98; Appenzell Innerrhoden 63; Graubünden 66; Wallis 62; Neuenburg 36.

43 Die Regeln über die beschränkte Prozessfähigkeit ergeben sich entsprechend den Regeln über die Handlungsfähigkeit (Art. 13 ZGB) aus dem Bundesrecht.

44 Zur Entmündigung während des hängigen Prozesses s. Walder, Prozesserledigung S. 13 f..

45 S. auch Bischofberger S. 101 und Guldener S. 146.

§ 8 DIE FIXIERUNG DER GERICHTSZUSTAENDIGKEIT

I. G r u n d s a t z

Zuständigkeitsnormen geben Auskunft darüber, in welchen Schranken sich das Tätigkeitsfeld eines Gerichtes befindet. Darüber hinaus zeigen sie einem potentiellen Kläger, bei welchem Gericht er seine Klage anzubringen habe, um ein kompetentes Urteil erlangen zu können. Das soll jedoch nicht heissen, dass ein Urteil, welches von einem unzuständigen Gericht gefällt wird, nicht definitive Geltung erlangen kann. Es liegt ja nicht im Sinne der Zuständigkeitsnormen, die Fähigkeit der einzelnen Gerichte zu bewerten und festzulegen; Unzuständigkeit ist denn auch, wenn das Gericht sie nicht selber feststellt¹, von den Parteien im Rahmen der jeweiligen prozessualen Möglichkeiten geltend zu machen.

Im Folgenden geht es nicht darum, Zuständigkeitsfragen in Gegenüberstellung der verschiedenen bundesrechtlichen und kantonalen Zuständigkeitsnormen zu erläutern. Gegenstand dieses Paragraphen ist es vielmehr zu zeigen, dass von einem gewissen verfahrenstechnischen Moment an die Zuständigkeit fixiert wird. Der Grundsatz der Zuständigkeitsfixierung, die sog. *p e r p e t u a t i o f o r i*, besagt nun, dass ein einmal angerufenes und zuständiges Gericht seine Zuständigkeit im Laufe des Verfahrens nicht verliert, und zwar auch dann nicht, wenn Veränderungen der Gegebenheiten und Umstände während des Prozesses die Zuständigkeit eines anderen Gerichtes ergeben. Der Grund dieser Fixierung ist prozessökonomischer Art: Es soll die Möglichkeit verhindert werden, dass der Prozess durch vielleicht mutwillige Veränderung zuständigkeitsbegründender Umstände auf einseitiges Handeln hin verschleppt wird². Das begonnene Verfahren soll ungestört durchgeführt werden können. Dieses Ziel verfolgt auch die R.³, weshalb es verständlich ist, dass der massgebende Zeitpunkt für die Fixierung der Gerichtszuständigkeit mit dem

1 Das angerufene Gericht entscheidet grundsätzlich über seine Zuständigkeit; s. Guldener S. 80 III.

2 Z.B. durch die Verlegung des Wohnsitzes, wenn die Zuständigkeit vom Domizil des Beklagten abhängt.

3 Vgl. oben § 1 II.

Eintritt der R. in Zusammenhang gebracht wird: Die perpetuatio fori gilt denn auch allgemein als Wirkung der R.⁴.

Ein bei Eintritt der R. unzuständiges Gericht muss aber nicht notwendig unzuständig bleiben: Aendern sich für ein anfänglich unzuständiges Gericht während des Verfahrens die Gegebenheiten so, dass es für den Rechtsstreit zuständig wird, dann bleibt es auch zuständig⁵. Fassen wir die beiden Sätze zusammen, so ergibt sich folgendes:

Erfüllen Umstände im Verlaufe des hängigen Verfahrens die Zuständigkeitsvoraussetzungen des angegangenen Gerichtes - ohne dass zuvor die allfällige Unzuständigkeit vom Gericht festgestellt oder von einer Partei geltend gemacht wurde -, so verliert das Gericht seine Zuständigkeit nicht mehr, auch wenn die zur Zuständigkeitsbegründung erforderlichen Umstände sich nachträglich (wieder) verändern sollten.

Der Grundsatz der perpetuatio fori war schon den Römern bekannt, allerdings nicht unter dieser Bezeichnung. So heisst es in den Digesten (V, I, 7): Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et(iam) finem accipere debet. Die Gerichtszuständigkeit blieb somit vom Moment der Litiscontestation an fixiert⁶.

Viele schweizerische Zivilprozessordnungen halten den Grundsatz der perpetuatio fori ausdrücklich fest⁷. Als Beispiel sei hier der Wortlaut von Art. 21 Abs. 2 BZPO angeführt: "Die Zuständigkeit des Gerichtes wird durch nachherige Aenderung (gemeint sind Aenderungen ab Eintritt der R.) der sie begründenden Tatsachen nicht berührt".

4 Guldener S. 234; Walder, Zivilprozess S. 115; Popper S. 41; Helg S. 56; vgl. z.B. auch BZPO 21 Abs. 2.

5 Ausnahmen: Zürich 16 und Schwyz 16; vgl. Sträuli/Messmer N. 2 zu § 16.

6 Wenger S. 42 ff., insb. S. 44 Ziff. 3.

7 BZPO 21; Zürich 16; Luzern 102 lit. b; Uri 30; Schwyz 16; Nidwalden 70 Ziff. 4; Obwalden 54 lit. c; Glarus 9; Zug 82 Ziff. 2; Freiburg 126 lit. b; Appenzell Ausserrhoden 39; Appenzell Innerrhoden 35; St. Gallen 97; Graubünden 65 Ziff. 1; Aargau 113 lit. d. Vgl. auch Leuch S. 41 und N. 1 zu Art. 160; Sträuli/Messmer N. 2 zu § 16; Deschenaux/Castella S. 123.

Einzelne Gesetze (z.B. Luzern 102 lit. b ZPO) bringen die Relation zur R. deutlich zum Ausdruck. Andere hingegen sprechen sich gar nicht zur perpetuatio fori aus. Der herrschenden Lehre⁸ ist jedoch beizupflichten, wenn sie die Gültigkeit dieses Grundsatzes auch dann annimmt, wenn einzelne Kantone - "wohl infolge Selbstverständlichkeit" - in ihren Gesetzen eine entsprechende Regelung nicht kennen oder sie nur mit Bezug auf den ordentlichen Gerichtsstand (Wohnsitz des Beklagten) festlegen. Denn allein schon der oben erwähnte verfahrensrechtliche Wert dieser Institution rechtfertigt deren Allgemeingültigkeit.

Die Gerichtszuständigkeit lässt sich in örtlicher, sachlicher und funktioneller Hinsicht unterscheiden. Ob die Gesetze den Grundsatz der perpetuatio fori für alle Zuständigkeitsarten gelten lassen, wird Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

II. O e r t l i c h e Z u s t ä n d i g k e i t

Oertliche Zuständigkeitsbestimmungen, sog. Gerichtsstandsbestimmungen, regeln die Zuständigkeit von Gerichten in räumlicher, territorialer Hinsicht. Jedes Gericht hat seinen Sprengel und ist für Prozesse örtlich zuständig, die bestimmte Beziehungen zu diesem Sprengel aufweisen (z.B. Wohnsitz des Klägers oder des Beklagten, Ort des Streitobjektes oder des Arrestobjektes etc.). Als allgemeiner (ordentlicher) Gerichtsstand wird von den Kantonen der Wohnsitz des Beklagten festgelegt⁹. Durch Wohnsitzverlegung hätte es der Beklagte in der Hand, die örtliche Zuständigkeit stets zu verändern und sich auf diese Weise der Rechtsverfolgung durch den Kläger zu entziehen. Dass dies nicht angehen kann,

8 Guldener S. 234; ebenso Helg S. 56 ff. und Popper S. 42 f.; zur deutschen Doktrin s. Rosenberg, § 101 IV 2.

9 Zürich 2; Bern 20, 24; Luzern 35; Uri 31 f.; Schwyz 2; Obwalden 11; Nidwalden 5; Glarus 7; Zug 1; Freiburg 58; Solothurn 11, 15; Basel Stadt 1; Basel Land 14, 17; Schaffhausen 56; Appenzell Ausserrhoden 24; Appenzell Innerrhoden 19; St. Gallen 82, 83; Graubünden 18; Aargau 9, 12 lit. g.; Thurgau 2; Tessin 16; Waadt 51; Wallis 13; Neuenburg 8; Genf 57 GVG.

Der verfassungsmässige Gerichtsstand am Ort des aufrechtstehenden (solventen) Schuldners (Art. 59 BV) ist nur interkantonal von Bedeutung (vgl. Guldener S. 62 und Habscheid S. 139 ff.).

ist evident. Die Lösung, dass ab Beginn eines gewissen verfahrenstechnischen Stadiums der Gerichtsstand trotz Domizilwechsels des Beklagten fixiert bleibt, drängt sich deshalb auf.

Es fragt sich, ob auch Veränderungen von Umständen, welche einen besonderen Gerichtsstand begründen, von dieser Regelung der Gerichtsstandsfixierung mit erfasst werden. Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Arrestort, letzter Wohnsitz des Erblassers, Ort der gelegenen Sache (sofern diese unbeweglich ist) etc. können als Gerichtsstands begründung keine Veränderung erfahren, und auch ein Dahinfallen des gerichtsstandsbegründenden Umstands vermag den Grundsatz der perpetuatio fori nicht zu durchbrechen¹⁰.

Bestimmt sich hingegen der Gerichtsstand z.B. nach dem Ort der gelegenen Sache und ist dieselbe beweglich, so sind Veränderungen durchaus denkbar: sowohl die Parteien als auch Dritte können Einfluss nehmen auf die örtliche Lage der Sache. Der Grundsatz der perpetuatio fori findet aber auch hier Geltung, und zwar auch dann, wenn die Sache ohne Wissen und Willen des Eigentümers oder Besitzers vom zuständigkeitsbegründenden Ort entfernt worden ist.

Veränderungen v o r der Fixierung des Gerichtsstandes werden noch berücksichtigt. Eine Ausnahme hievon ist aber zu machen, wenn die Veränderung mutwillig und offensichtlich in der Absicht erfolgt, die Rechtsverfolgung zu vereiteln oder zu verzögern - oder von der kulanteren Rechtssprechung eines anderen Ortes, insbesondere eines anderen Kantones, zu profitieren. Das gebietet schon der Grundsatz von Treu und Glauben, der auch das Prozessrecht beherrscht¹¹. Nach herrschender Lehre gilt die Gerichtsstandsfixierung generell als Wirkung der R.¹². Nun stellt sich

10 Der Gerichtsstand am Ort des Arrestes bleibt nach Eintritt der R. von Arrestprosequierungs- oder Aberkennungsklagen auch bei Wegfall des Arrestes bestehen. Der einmal begründete Gerichtsstand am Ort der Geschäftsniederlassung fällt durch nachträgliche Aufhebung der Niederlassung nicht dahin (Guldener S. 234 N. 22; Sträuli/Messmer N. 3 und 4 zu § 16).

11 BGE 101 Ia 43 f. E. 3 mit Hinweisen.

12 Guldener S. 234; Habscheid S. 251.

die Frage, ob diese Fixierung gleichzeitig mit dem R.-Eintritt beginne.

In einzelnen Kantonen ist für die Bestimmung des Gerichtsstandes genau auf die Verhältnisse abzustellen, wie sie bei Eintritt der R. vorherrschen¹³. Im allgemeinen hat aber die R. nicht zur Wirkung, dass ein angegangenes und unzuständiges Gericht unzuständig bleibt. Abgesehen von der Möglichkeit der vorbehaltlosen Einlassung¹⁴ kann ein unzuständiges Gericht im Laufe des Prozessverfahrens - während der R. - zuständig werden, wenn sich die gerichtsstands begründenden Umstände entsprechend verändern¹⁵. Massgebend sind die Verhältnisse in dem Moment des penden-ten Verfahrens, in welchem die Zuständigkeitsfrage tatsächlich geprüft wird. Ob dieser Moment mit dem Eintritt der R. zusammenfällt oder erst später eintritt, ist unerheblich. Der Gerichtsstand wird somit nicht unbedingt schon mit dem Eintritt der R. fixiert¹⁶. - Zu beachten ist aber, dass stets die Verhältnisse zur Zeit des Eintritts der R. massgebend sind, wenn sich der Beklagte nicht auf den Prozess einlässt^{16a}.

In einzelnen Kantonen wird der Gerichtsstand schon vor dem Eintritt der R. fixiert¹⁷, nämlich zu Beginn des vorausgehenden Sühnverfahrens. Nach

13 Z.B. Zürich 16; Schwyz 16; vgl. Sträuli/Messmer N. 2 zu § 16

14 Sofern keine ausschliessliche (zwingende) Gerichtsstandsvorschrift verletzt wird, kann neben der vorbehaltlosen Einlassung seitens des Beklagten die Zuständigkeit auch begründet werden, wenn dieser die Unzuständigkeit nicht rechtzeitig geltend macht (z.B. Waadt 58; Neuenburg 15, 162 lit. b, 163; Genf 77 f.), s. Guldener S. 95 f..

15 Guldener S. 234 N. 21. Vgl. jedoch BGE 90 II 215: Bei Scheidungs- und Trennungsklagen sind die Verhältnisse zur Zeit der Klageanhebung für die örtliche Gerichtszuständigkeit massgebend.

16 Vgl. aber oben bei N. 11.

16a Reagiert der Beklagte nicht, weil ihm möglicherweise die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts gewärtig ist, so darf ihm daraus kein Nachteil erwachsen. Er hat vielmehr ein Recht darauf, vor den örtlich zuständigen Richter gerufen zu werden, weshalb er sich unzuständigen Orts gar nicht auf die Klage einzulassen braucht. Eine nachträgliche, zuständigkeitsbegründende Veränderung darf solchenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit nicht mehr berücksichtigt werden.

17 Z.B. Schaffhausen 73; St. Gallen 97; Thurgau 20; s. ebenso Basel Land 58 und dazu Weibel S. 108 f..

diesen Gesetzen kann die Gerichtsstandsfixierung demnach *n i c h t* als Wirkung der R. bezeichnet werden. Die ungestörte Fortdauer des Prozesses soll durch diese Regelung besser gewährleistet und zudem verhindert werden, dass sich der Beklagte durch Wohnsitzwechsel der Klage zu entziehen vermag¹⁸.

Kummer¹⁹ vertritt gar die Ansicht, dass der Gerichtsstand mit dem Akt der bundesrechtlichen Klageanhebung (s. oben § 3 II) fixiert werden soll. Regelungen dieser Art haben tatsächlich den Vorteil, dass sie Gerichtsstandsprobleme, die sich durch Veränderungen der massgebenden Umstände zwischen Einleitung des Sühnverfahrens und Eintritt der R. ergeben können, aus der Welt schaffen. Die Problematik tritt am deutlichsten zu Tage, wenn die Klage an eine Verwirkungsfrist gebunden ist; wird die Frist infolge eines Unzuständigkeitsentscheides verwirkt, so kann sich dies im Ergebnis recht stossend erweisen. Die Konsequenzen formeller Fehler sollten so wenig als möglich ins materielle Recht greifen, zumal wenn sich der Fehler als verzeihlich erweist. Und gerade in Zuständigkeitsfragen kann neben dem Laien auch der Rechtskundige leicht einmal fehl gehen. Man denke nur an die oben erwähnte Tatsache, dass der Beklagte oder ein Dritter auf die gerichtsbegründenden Umstände direkt einwirken kann, ohne dass der Kläger etwas davon erfährt. Das reicht jedoch nicht aus, um mit der Anhebung des Sühnbeamten auch den Eintritt der perpetuatio fori zu postulieren. Unerwünschtes im aufgezeigten Sinn kann durch andere prozessrechtliche Vorschriften und Massnahmen unterbunden werden.

Nach der alten ZPO von Zürich wurde eine beim unzuständigen Richter anhängig gemachte Klage von der Hand gewiesen. War die Klage an eine Verwirkungsfrist gebunden, so konnte der Kläger seines Rechtes verlustig gehen, wenn das Gericht seine Unzuständigkeit feststellte. Im innerkantonalen Bereich wurde diese Unzukömmlichkeit dadurch, dass es keine Vorschrift gab, nach welcher der Friedensrichter die Weisung nur an das Gericht seines Bezirkes ausstellen durfte, abgeschwächt²⁰.

18 Lutz zu Art. 97.

19 Kummer, in ZBJV 94 S. 312 ff. Ziff. 4. Vgl. auch Leuch, Vorbemerkung zu Art. 20.

20 Sträuli/Hauser N. 4 zu § 114; ZR 57 Nr. 4.

Auch bestimmt alt § 19 ZPO, dass die Zuständigkeit des ordentlichen Richters durch einen Domizilwechsel des Beklagten, welcher "nach der Vorladung zum Sühnversuche"²¹ stattfand, nicht betroffen wurde. Die Fixierung des Gerichtsstandes erfolgte mithin schon zu Beginn des Sühnverfahrens. Der Kläger konnte in der Folge aber seine Klage nicht nur beim ursprünglich zuständigen Gericht, sondern auch beim neu zuständig gewordenen anhängig machen, ohne den Sühnversuch im betreffenden Bezirk neu anstreben zu müssen. Es standen ihm also u.U. wahlweise zwei Gerichtsstände zu. Die zürcherische Praxis zu alt § 19 ZPO wurde aber vom Bundesgericht für bundesrechtswidrig erklärt, weshalb diese Bestimmung auch nicht mehr in die neue Prozessordnung aufgenommen wurde²². - Nach neu § 112 Zürich ZPO wird die beim unzuständigen Gericht geleitete Klage vorerst rechtshängig. Der Kläger hat hernach innert angesetzter Frist dem Gericht das zuständige Gericht zu bezeichnen, worauf der Prozess unter Wahrung der R. an dieses überwiesen wird (sog. Prozessüberweisung oder Prozessverweisung^{23/24}). Andere Kantone überlassen es dem Kläger, innert einer vom Prozessrecht festgelegten Nachfrist die Klage unter Wahrung der R. vor das zuständige Gericht zu bringen²⁵. Keine Rolle spielt es, ob der Prozess von Amtes wegen oder innert angesetzter bzw. gesetzlicher Frist dem zuständigen Richter überwiesen bzw. bei diesem eingebracht wird. Entscheidend ist einzig, dass die R. bestehen bleibt: Denn dadurch läuft die durch Klageanhebung einmal gehemmte Verwirkungsfrist nicht weiter. Ausserdem wird durch die Prozessüberweisung dieses Gerichtsstandsproblem ins richtige Licht gerückt: Objektiv gesehen war das angerufene Gericht gar nie zuständig, und demnach wird durch die Ueberweisung kein eigentlicher Zuständig-

21 Sträuli/Hauser zu § 19.

22 Zur Unvereinbarkeit des wahlweisen Gerichtsstandes mit bundesrechtlich geordneten Gerichtsständen s. BGE 91 II 321. Vgl. im einzelnen Sträuli/Messmer N. 1 und 2 zu § 16.

23 Zu dem immer weiter Verbreitung findenden Institut der Prozessverweisung sei ganz allgemein auf die Arbeit von Hans Schalch verwiesen; vgl. auch Guldener S. 81, 114, 217, 233, 240, 284.

24 Dazu Sträuli/Messmer zu § 112.

25 Z.B. Bern 163; Freiburg 128, 76; Graubünden 105 Abs. 5; Tessin 167. S. Guldener S. 284 f..

keitswechsel zum Ausdruck gebracht. Schon mit dem Eintritt der R. vor dem unzuständigen Gericht ist der richtige Gerichtsstand an sich gegeben. Der Kanton Zürich hat die Prozessüberweisung auch für den interkantonalen Verkehr normiert, und zwar aktiv wie auch passiv²⁶. Ob nun im anderen Kanton, der im gleichen Sinne einen Sühnversuch als Klagevoraussetzung vorschreibt, neuerdings ein solches Verfahren einzuleiten sei, hängt vom Prozessrecht dieses Kantones ab²⁷.

Nicht allen Prozessgesetzen der Schweiz ist diese Nachfrist oder das Institut der Prozessüberweisung bekannt - und wenn, dann ist diese Korrektur im allgemeinen nur innerkantonal möglich. Es kann nun aber nicht an-
gehen, dass ein Irrtum bezüglich der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Richters auf innerkantonomer Ebene geheilt werden, auf interkantonomer Ebene hingegen zum Rechtsverlust führen kann. Deshalb hat das Bundesgericht im Einklang mit der herrschenden Lehre²⁸ die Nachfrist von Art. 139 OR analog auch auf die Verwirkungsfristen des Bundeszivilrechts für anwendbar erklärt. M.E. zu Recht schreibt Guldener, dass Art. 139 OR vernünftigerweise auch auf die Klagefristen des Betreibungsrechts zur Anwendung gebracht werden sollte, wobei die Nachfrist nicht länger sein darf als die Klagefrist selbst²⁹.

26 Vgl. Sträuli/Messmer Nr. 7 und 8 zu § 112.

27 BGE 91 II 325 c mit Hinweisen. ZR 76 Nr. 106 E. 1.

28 BGE 98 II 183 mit Hinweisen; Guldener S. 273 f..

29 Guldener S. 274; s. auch J.F. Piguët, Les contestations de droit matériel dans la poursuite pour dette et la faillite, Diss. Lausanne 1950, S. 32; Ch. E. Rathgeb, L'action en justice et l'interruption de la prescription, Mélanges François Guisan, Lausanne 1950, S. 251 Nr. 54; SJZ 70 Nr. 94.

Ob sich die Anwendbarkeit von Art. 139 OR überhaupt auf Klagen des Betreibungsrechts erstreckt, lässt das Bundesgericht offen (BGE 100 III 39, 96 III 95, 91 III 15). Hingegen hat es in BGE 75 II 73 die Nachfrist von Art. 139 OR bei Arrestproseguierungsklagen für nicht anwendbar erklärt. Nach diesem Entscheid muss die R. während einem Wechsel des Gerichtsstandes ohne Unterbruch fort dauern, damit die Verwirkungsfrist eingehalten bleibt (vgl. auch BGE 82 III 44). Dadurch wird aber mit Bezug auf die Wahrung der Klagefrist auf die Zufälligkeit kantonal prozessrechtlicher Bestimmungen abgestellt. - Vgl. zu diesem Entscheid die Kritik von Kummer in ZbJV 94 S. 313 f..

Zusammenfassend lässt sich folgendes festhalten: Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts fällt - ist sie nach Eintritt der R. einmal festgestellt worden - durch Veränderung der sie begründenden Umstände nicht mehr dahin. Vor diesem Zeitpunkt werden Veränderungen stets berücksichtigt, sofern sie nicht den Grundsatz von Treu und Glauben verletzen. Die Gerichtsstandsfixierung ist also in dem Sinne eine Wirkung der R., als für die erstmalig verbindliche Feststellung des zuständigen Gerichtsstandes der Zeitraum der R. massgebend ist³⁰.

III. S a c h l i c h e Z u s t ä n d i g k e i t

Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit geben Auskunft darüber, welches Gericht (Friedensrichter, Einzelrichter, Bezirksgericht etc.) zur Beurteilung eines Prozesses kompetent, d.h. erstinstanzlich anzurufen ist.

Für die vorliegende Arbeit ist von Interesse, ob Veränderungen der diese Zuständigkeit begründenden Umstände überhaupt möglich sind und ob sie gegebenenfalls auch die Zuständigkeit tatsächlich zu verändern vermögen.

Bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Stand der Prozessparteien zur Zeit des R.-Eintrittes und erfährt dieser nachträglich eine Aenderung, so bleibt das angerufene Gericht gleichwohl zuständig. Das Handelsgericht verliert z.B. seine Zuständigkeit nicht, wenn der Handelsregistereintrag als Zuständigkeitsgrund nachträglich gelöscht wird³¹.

Die sachliche Zuständigkeit kann auch von der Natur des eingeklagten Anspruches abhängen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Klagen vermö-

30 Guldener S. 234, S. 86 N. 24 Abs. 2; Habscheid S. 145 und 251; Walder, Zivilprozess S. 115, 297 f.; Deschenaux/Castella S. 123; Leuch, Vorbemerkung zu Art. 20; Helg S. 57 ff.; Popper S. 42 f.; Weber S. 37; vgl. auch Grunsky, Verfahrensrecht § 37 II S. 363; Rosenberg/Schwab, § 101 IV 2.

31 Vgl. Guldener S. 115 ff., insbesondere N. 46; Popper S. 43 f..

gensrechtlicher und solchen nichtvermögensrechtlicher Natur. Bei Klagen letzterer Art handelt es sich vorwiegend um personen- und familienrechtliche Streitigkeiten³², und Veränderungen der für die sachliche Zuständigkeit massgebenden Umstände sind kaum zu gewärtigen³³.

Ebenso verhält es sich bei Klagen aus dem Immaterialgüterrecht, für welche die Kantone von Bundesrechts wegen nur eine Instanz als sachlich zuständig erklären dürfen³⁴.

Veränderungen können sich hingegen bei Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur ergeben, wenn sich die Zuständigkeit nach der Höhe des Streitwertes bestimmt. Dieser Wert ergibt sich grundsätzlich aus dem Rechtsbegehren³⁵, und zwar zur Zeit des Eintritts der R.³⁶. Denkbar sind verschiedene Ursachen, die eine Streitwertveränderung zur Folge haben können. Zu beachten ist ferner, in welchem Verfahrensstadium die Aenderung erfolgt.

1. Möglich sind Streitwertveränderungen nach der Anrufung des ordentlichen Richters.

a) Im Rahmen kantonal zulässiger Klageänderung ist die

32 Die Kantone übertragen den Bezirksgerichten oder Einzelrichtern erstinstanzlich die sachliche Zuständigkeit für personen- und familienrechtliche Streitigkeiten. Ausnahme: Wallis Art. 5 ZPO: Die sachliche Zuständigkeit liegt beim Kantonsgericht.

33 Die sachliche Zuständigkeit für Klagen nicht vermögensrechtlicher Natur wird durch Nebenpunkte, auch wenn sich diese auf vermögensrechtliche Fragen beziehen, nicht beeinträchtigt (z.B. Genugtuungs- und Schadenersatzansprüche, güterrechtliche Ansprüche, Ansprüche auf Unterhaltsbeiträge usw.; vgl. Art. 151 ZGB).

34 Vgl. u.a. Art. 76 des BG betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954, System. Sammlung 232.14; Art. 33 des BG betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900, System. Sammlung 232.12.

35 Der Streitwert wird, wenn er nicht oder nicht eindeutig aus dem/den Rechtsbegehren hervorgeht, nach bestimmten Regeln festgestellt. Vgl. dazu Guldener S. 109 ff..

36 Guldener S. 110.

Klage-E r w e i t e r u n g oft ausgeschlossen. Es zeigt sich aber die legislative Tendenz, die Zulässigkeit von Klageänderungen in ein immer breiteres Feld zu rücken. So wird beispielsweise in Zürich eine Klageänderung im Sinne einer Erweiterung zugelassen, allerdings nur sofern der dadurch erhöhte Streitwert die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht übersteigt. Anderenfalls wird auf die Klageänderung nicht eingetreten³⁷. Das angerufene Gericht büsst somit seine sachliche Zuständigkeit nicht ein.

Denkbar ist auch eine Streitwerterhöhung durch tatsächlich eintretende W e r t v e r ä n d e r u n g e n (z.B. Veränderungen des Kurs- oder Marktwertes) oder wenn während der R. entdeckt wird, dass dem Streitgegenstand ein zu niedriger Wert beigegeben wurde.

Nach herrschender Lehre hat nach Eintritt der R. eine Werterhöhung des Streitgegenstandes keinen Einfluss auf die Zuständigkeit³⁸.

Nach § 22 Abs. 3 Zürich ZPO kommt es bei Feststellung z u n i e d r i g b e s t i m m t e r S t r e i t w e r t e im Laufe des Verfahrens - aber vor Abschluss des Hauptverfahrens - gegebenenfalls zu einer Prozessüberweisung³⁹. Diese Regelung ist jedoch nicht als Ausnahme der perpetuatio fori zu betrachten: Die sachliche Zuständigkeit ist mit Eintritt der R. theoretisch gegeben. Sie fällt nicht dahin, nur weil durch Irrtum oder falsche Berechnung des Streitwertes ein an sich unzuständiges Gericht angerufen wird. Da durch die Vorschrift der Prozessüberweisung der Fehler korrigierbar wird, die R. somit gleichwohl eintritt und auch während der Korrektur nicht unterbrochen wird, gilt die eigentlich zuständige Instanz im Grunde als angerufen. Die sachliche Zuständigkeit ist damit von vornherein gegeben und bleibt

37 Sträuli/Messmer N. 9 zu § 61. Zur Prozessüberweisung infolge Klageänderung s. unten lit. d bei N. 49.

38 Guldener S. 110.

39 Sträuli/Messmer N. 4 zu § 22. Vgl. auch Helg S. 62 f. und Weber S. 42.

ab Eintritt der R. fixiert.

Festzuhalten bleibt, dass ein sachlich unzuständiges Gericht nicht befugt sein kann, ein Urteil zu fällen. Die Kompetenzgrenzen würden sonst ihren Sinn verlieren. Deshalb sehen die Prozessgesetze vor, dass zu berücksichtigende Veränderungen von Umständen, welche sich auf die Höhe des Streitwerts und in der Folge auf die sachliche Zuständigkeit auswirken, so wenig als möglich vorkommen können: Sie untersagen Klageerweiterungen oder beschränken ihre Zulässigkeit auf den Zuständigkeitsrahmen. Aehnlich eingeschränkt wird vereinzelt auch die Erhebung einer Widerklage (s. unten lit. b N. 40 und 42), etc. Wo die Erhöhung des Streitwerts nicht eingeschränkt wird oder werden kann, wird gegebenenfalls eine Prozessüberweisung stattfinden, und zwar auch dann, wenn das Prozessgesetz dies nicht ausdrücklich ausspricht.

- b) Auch durch die Erhebung einer *W i d e r k l a g e* während des hängigen Verfahrens kann der Streitwert eine Erhöhung erfahren. Einzelne Kantone rechnen den Streitwert von Klage- und Widerklage, sofern kein gegenseitiger Ausschlussgrund vorliegt sowie unter Vorbehalt von Art. 343 Abs. 2 OR, zusammen. Andere stellen auf das Rechtsbegehren mit dem höheren Streitwert⁴⁰ ab.

Die Konstellation des Prozesses wird durch die Erhebung einer Widerklage dermassen verändert, dass sich die Ueberweisung des Prozesses unter Wahrung der R. als angebracht erweist, sofern die Zuständigkeit einer höheren Instanz begründet wird^{41/42}. Das Verfahren nimmt an Bedeutung zu. Da nun nach verschiedenen Gesetzen

40 Im Kanton Graubünden findet der Streitwert der Widerklage allerdings keine Beachtung mit Bezug auf die sachliche Zuständigkeit des Gerichts (37 Abs. 1 ZPO).

41 So ausdrücklich z.B. Zürich 60 ZPO; Bern 140; Uri 28; Freiburg 56. Vgl. Guldener S. 114 Ziff. 6 lit. a.

42 Luzern lässt eine Widerklage nicht zu, wenn diese selber die Kompetenz des durch die Hauptklage angerufenen Gerichts übersteigt, 12 Abs. 4 ZPO; ebenso Nidwalden 23 Abs. 2; Basel Stadt 65 Ziff. 1.

der Streitwert der Widerklage mitberücksichtigt wird, kann die sachliche Kompetenzgrenze des mit der Hauptklage angerufenen und für sie an sich zuständigen Gerichtes überschritten werden. Die einstige Zuständigkeit erlischt, und das für Haupt- und Widerklage gemeinsame Verfahren ist vor einem anderen, nun sachlich zuständigen Gericht auszutragen. Nach diesen Gesetzen kann demnach mit der Erhebung einer den Streitwert wesentlich erhöhen- den Widerklage der Grundsatz der perpetuatio fori durchbrochen werden⁴³.

- c) Eine Verminderung des Streitwertes kann sich ergeben durch einschränkende Klageänderung, teilweisen Rückzug von Haupt- oder Widerklage, Teilanerkennung, teilweisen Vergleich, allgemeine Wertverminderung (Kurs- oder Marktpreissenkung) oder infolge Entdeckung eines zu hoch bemessenen Streitwerts. Diese den Streitwert vermindernenden Umstände haben in der Regel keinen Einfluss auf die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts⁴⁴. Eine Besonderheit zeigt sich in der Entdeckung der anfänglich zu hohen Bemessung des Streitwerts im Laufe des hängigen Verfahrens in Zürich: Bemerkt der Richter, dass er auf zu hohe Streitwertangaben der Parteien abgestellt hat, so wird er diesen Fehler durch Ueberweisung des Prozesses heilen, sofern der Prozess mit dem korrigierten Streitwert in die sachliche Zuständigkeit einer unteren Instanz fällt. Wie schon oben unter lit. a gesehen, wird der Grundsatz der perpetuatio fori hier nicht durchbrochen, sondern der Fehler, der sich in der Anrufung der falschen Instanz bemerkbar macht, wird durch die Ueberweisung des Prozesses lediglich korrigiert⁴⁵.

43 Vgl. Walder, Zivilprozess S. 117.

44 Ausdrücklich z.B. Bern 143 ZPO; Freiburg 55 Abs. 1; St. Gallen 81 Abs. 1; - gegenteilig aber Freiburg 54 mit Bezug auf eine teilweise Klageanerkennung, und allgemein Wallis 12.

45 So Zürich 22 Abs. 3 ZPO; s. auch Walder, Zivilprozess S. 118.

2. Veränderungen des Streitwerts können sich auch vor Einreichung der Klage beim ordentlichen Gericht ergeben.

a) Streitwertveränderungen während des Sühnverfahrens finden regelmässig Beachtung. Dem Vergleich und der Anerkennung vor Friedensrichter kommt die gleiche Wirkung zu wie einem rechtskräftigen Urteil. Deshalb ist der Ausgang des Sühnversuches stets abzuwarten. Das Resultat einer eventuell nur teilweise erfolglosen Sühnverhandlung, nämlich das "noch Streiti-ge", wird in der Weisung festgehalten und ist gerade bestimmend für die Frage, welches Gericht die Spruchkompetenz innehat und mithin anzugehen ist. Da nun die sachliche Gerichtszuständigkeit vor Abschluss des Sühnverfahrens gar nicht bestimmbar ist, kann auch der Grundsatz der perpetuatio fori nicht Platz greifen. Dies ist von besonderer Bedeutung für diejenigen Kantone, welche die R. schon zu Beginn des Sühnverfahrens eintreten lassen, weil dann ohnehin die Fixierung der sachlichen Zuständigkeit nicht als Wirkung der R. bezeichnet werden kann⁴⁶.

b) Veränderungen sind auch nach Abschluss des Sühnverfahrens und vor Einreichung der Klage beim Gericht noch möglich. Beginnt die R. am Ende des Sühnversuches, dann wird die sachliche Zuständigkeit schon in diesem Zwischenstadium fixiert⁴⁷.

Nach § 18 Zürich ZPO richtet sich der Streitwert nach dem klägerischen Rechtsbegehren zur Zeit des R.-Eintritts, und die R. wird grundsätzlich durch Einreichung der Weisung beim Richter begründet (§ 102 ZPO). Uebersteigt der Streitwert des Rechtsbegehrens den in der Weisung vermerkten (§ 100 Ziff. 5 ZPO) in dem Masse, dass z.B. anstelle des Einzelrichters das Kollegialgericht sachlich zuständig würde, so fragt sich, ob die Klage überhaupt anhand

46 Vgl. z.B. Weber S. 41 ff. für den Kanton Graubünden.

47 Vgl. Sträuli/Messmer N. 2 zu § 18.

genommen werden und bei welchem Richter das Verfahren allenfalls seinen Fortgang nehmen kann.

- War der vor Sühninstanz festgesetzte Streitwert durch Irrtum oder falsche Berechnung zu niedrig ermittelt worden (s. oben lit. a bei N. 39), so wird der Prozess in Anwendung von § 22 ZPO an den zuständigen Richter überwiesen. Denn dieser Richter ist objektiv gesehen schon ab Beginn der R. sachlich zuständig gewesen und bleibt es auch.
- Hat der Kläger aber selber sein Begehren den Kompetenzrahmen sprengend erweitert, dann sind m.E. die Bestimmungen über die Klageänderung beizuziehen, auch wenn das Rechtsbegehren gleichzeitig mit der Weisung eingereicht wird und die Aenderung demzufolge nicht erst während der R. (vgl. § 61 ZPO) erfolgt ist. In einem solchen Fall kann von einer Simultan-Klageänderung gesprochen werden. - Im hängigen Verfahren ist eine Klageänderung im Sinne einer Erweiterung unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, und es ist nicht einzusehen, weshalb eine solche nicht auch schon zur Zeit der Anhängigmachung vorgenommen werden kann. Denn dienlicher ist es, wenn der Kläger schon zu Beginn der R. sein effektives Begehren bekanntgibt und nicht das dem Weisungsinhalt entsprechende einreicht, um dann am nächsten Tag oder in der Hauptverhandlung ein erweitertes Begehren zu stellen. Nun kann aber, wenn ein Sühnversuch stattgefunden hat, nur das rechtshängig gemacht werden, was auch Gegenstand dieses Verfahrens gewesen ist, sonst würde es seinen Sinn verlieren. Ausserdem ist nach § 61 ZPO eine Klageerweiterung u.a. nur zulässig, wenn dadurch die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht überschritten wird⁴⁸. Somit bildet der Streitwert, wie er der Weisung zu entnehmen ist, die sachliche Grundlage für die Bestimmung der Zuständigkeit, und später kann er durch Klageerweiterung nur noch Aenderungen innerhalb des entsprechenden Zuständigkeitsrahmens erfahren. - In unserem Beispiel hat der Kläger aber sein Begehren

48 Vgl. auch Obwalden 133 ZPO; St. Gallen 175.

zu sehr erweitert. Hier ist m.E., gleichgültig ob der Kläger den Einzelrichter oder das Kollegialgericht angerufen hat, nicht auf die Klage einzutreten. V i e l m e h r i s t d e r P r o z e s s f o r m e l l z u e r l e d i g e n u n d d i e K l a g e i n A n w e n d u n g v o n § 194 Abs. 2 GVG an den Friedensrichter zu überweisen. Denn einerseits ist sie in diesem Umfange nicht Gegenstand des Sühnversuches gewesen, andererseits ist eine derartige Klageänderung ohnehin nicht zulässig; auch die nach § 109 ZPO vorgesehene Rückweisung an den Friedensrichter unter Wahrung der R. kann hier nicht Anwendung finden^{48a}. - Eine Aufsplitterung der Klage dergestalt, dass der Einzelrichter für die der Weisung entsprechenden Klage - eventuell sogar im maximalen Umfang seines Zuständigkeitsrahmens - zuständig sein soll und der Restteil an den Friedensrichter zu leiten ist, ist nicht sinnvoll: Der Einzelrichter wird für die zweite Teilklage nach nachträglich durchgeführtem Sühnversuch allenfalls auch zuständig; in der Folge wird er die Prozesse vereinigen und bleibt gemäss § 26 ZPO dann auch zuständig, wenn objektiv gesehen eigentlich das Kollegialgericht für den ganzen Prozess zuständig wäre.

Die sachliche Zuständigkeit kommt demnach auch hier nicht in Wegfall, und somit ist sie auch in diesem Beispiel unter die perpetuatio fori miteinzubeziehen.

Verschiedentlich wird aber von den Gesetzen die Klageänderung nicht durch sachliche Zuständigkeitsgrenzen der Gerichte eingeschränkt. Wird durch Klageerweiterung die Kompetenzgrenze des angerufenen Gerichtes überschritten, so wird der Prozess an das neu zuständige Gericht überwiesen⁴⁹, sofern die übrigen Voraussetzungen dazu gegeben sind. Der Grundsatz der perpetuatio fori wird damit ausnahmsweise durchbrochen und der Kläger muss nicht beim Sühnver-

48a S. Sträuli/Messmer N. 9 zu § 61 und N. 2 zu § 109.

49 Z.B. Bern 94 Abs. 3 ZPO sowie Leuch N. 9 zu Art. 94; Freiburg 55 Abs. 2; Solothurn 144 Abs. 2. Vgl. dazu ausserdem Schalch S. 72 ff..

fahren neu beginnen. Vermindert sich hingegen der Streitwert zwischen dem erfolgten Sühnversuch und der Klageeinreichung (z.B. zufolge einer aussergerichtlichen Teilanerkennung durch den Beklagten oder zufolge einer Reduktion des klägerischen Begehrens), so kann es dem Kläger nicht verwehrt sein, die dadurch zuständig gewordene untere Instanz direkt anzurufen^{49a}. In der Regel dürfte es aber nicht in seinem Interesse liegen, infolge einer aussergerichtlichen Teilanerkennung durch den Beklagten eine untere Instanz anzurufen. Der Vorteil, den ganzen Anspruch vor Gericht zu bringen, liegt darin, dass auch der anerkannte Teilanspruch in Rechtskraft erwächst. Der Unterschied der solchermassen gerichtlich gewordenen Teilanerkennung zur aussergerichtlichen ist ein qualitativer, da sie Bestandteil des Vollstreckungstitels wird. Aus diesem Grunde kann es auch nicht angehen, dass der Richter den Umfang einer (aussergerichtlichen) Teilanerkennung vom Gesamtstreitwert in Abzug bringt und in der Folge gegebenenfalls gar seine sachliche Zuständigkeit verneint⁵⁰.

Zusammenfassend lässt sich folgendes festhalten: Grundsätzlich geht die sachliche Grundlage zur Feststellung des Streitwertes aus der Weisung hervor. Die Bewertung richtet sich jedoch nach den Verhältnissen zur Zeit des R.-Eintrittes. Die Gerichtsstandsfixierung kann also nur dann eine Folge der R. sein, wenn die R. nicht schon vor Abschluss des Sühnverfahrens beginnt. Diese Voraussetzung wird nach den meisten Zivilprozessgesetzen in der Schweiz erfüllt⁵¹. Da nun auch Veränderungen des

49a Ist der Beklagte damit nicht einverstanden, so bleibt ihm die Möglichkeit unbenommen, widerklageweise eine negative Feststellungsklage über den ganzen, ursprünglich gestellten Anspruch zu erheben und damit den Prozess vor den anfänglich zuständigen Richter zu bringen.

50 Gegenteilige Regelung: St. Gallen 73 ZPO, kritisiert von Guldener S. 112 N. 24; s. auch Appenzell Innerrhoden 50 Abs. 1.

51 S. im Anhang Tab. I.
Beginnt die R. am Ende des Sühnverfahrens, so fällt die sachliche Grundlage und die massgebenden Verhältnisse für die Bewertung zeitlich zusammen; die Fixierung der sachlichen Zuständigkeit kann ebenso als Wirkung der R. bezeichnet werden (s. Helg S. 63).

Streitwertes die sachliche Gerichtszuständigkeit des angerufenen Gerichts im allgemeinen nicht in Wegfall bringen können, kann die Fixierung der sachlichen Zuständigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht generell als Wirkung der R. bezeichnet werden⁵².

IV. F u n k t i o n e l l e Z u s t ä n d i g k e i t

Bestimmungen über die funktionelle Zuständigkeit geben Auskunft über "die Tätigkeit, welche die verschiedenen Gerichte im Instanzenzug in einem Prozess zu entfalten haben, und welcher Aufgabenkreis innerhalb eines Gerichtes den einzelnen Organen übertragen ist"⁵³.

Die Umstände, welche die funktionelle Zuständigkeit begründen, sind im allgemeinen dieselben wie bei der sachlichen Zuständigkeit. Dort, wo die Umstände, welche die sachliche Zuständigkeit begründen, in der Regel ab Eintritt der R. keine Veränderung erfahren können (z.B. bei Streitigkeiten nicht vermögensrechtlicher Natur, insbesondere bei Klagen aus dem Personen- und Familienrecht), wird auch die funktionelle Zuständigkeit ab Eintritt der R. nicht mehr dahinfallen.

Anders verhält es sich bei Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur. Wie bei der sachlichen Zuständigkeit ist das massgebende Kriterium die Höhe des Streitwertes. Doch ergeben sich andere Konsequenzen.

Bei der funktionellen Zuständigkeit geht es darum, ob ein Gericht in letzter Instanz entscheidet oder nicht. Die Bestimmung des Streitwertes erfolgt aber für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln nach den Verhältnissen zur Zeit der Urteilsfällung des angefochtenen Entscheides. Nur aus dem Streitwert des letztlich unter den Parteien noch Streitigen und vom Gericht materiell Beurteilten lässt sich erkennen, ob dem Prozess die für die Appellabilität erforderliche Bedeutung zukommt. Streitwertveränderungen während des p e n d e n t e n V e r f a h r e n s werden bei

52 Guldener S. 234; Habscheid S. 131; Deschenaux/Castella S. 124.

53 Vgl. Guldener S. 80; Habscheid S. 126; Walder, Zivilprozess S. 119; Popper S. 49; Weber S. 44.

Teilklagerückzug oder Teilanerkennung der Klage somit als Wertverminderung, erweiternde Klageänderung oder Widerklage gegebenenfalls als Werterhöhung bei der Bewertung berücksichtigt⁵⁴. Nach neu § 18 Zürich ZPO sind sogar auch tatsächliche Streitwertveränderungen wie Kurs- oder Marktpreisschwankungen zu beachten⁵⁵. Auf diese Weise kann sich beispielsweise ergeben, dass das angerufene Gericht zufolge einer Erhöhung des Streitwertes den Prozess nicht mehr in letzter Instanz zu beurteilen hat, oder dass umgekehrt das Gericht durch eine Streitwertverminderung letztinstanzliche Funktion erhält.

Für diese Arbeit ist von Bedeutung, dass Veränderungen des Streitwerts im Laufe des rechtshängigen Verfahrens überhaupt berücksichtigt werden, und dass dadurch die funktionelle Zuständigkeit verändert werden kann. Aus diesem Grunde kann nicht die Rede davon sein, dass die funktionelle Zuständigkeit durch die R. fixiert wird. Sie wird von der perpetuatio fori nicht miterfasst⁵⁶.

54 Vgl. z.B. Zürich 18 Abs. 2 ZPO; Uri 263 Abs. 2; Schwyz 18 Abs. 2; Zug 16 Abs. 3; Schaffhausen 75; St. Gallen 81 Abs. 2; Tessin 15.

55 Sträuli/Messmer N. 4 und 3 zu § 18. Für die Berücksichtigung rechtlicher Streitwertveränderungen während des rechtshängigen Verfahrens vgl. z.B. Art. 46 OG sowie Guldener S. 494.

56 Vgl. Weber S. 44. Popper hingegen bejaht grundsätzlich die Fixierung der funktionellen Zuständigkeit ab Eintritt der R., S. 48 f..

§ 9 AUSWIRKUNGEN AUF DIE KLAGE

I. A l l g e m e i n e s

Die R. besteht - so schreibt Guldener¹ - in der Befestigung gewisser Grundlagen des Prozesses. Soll nun der Verfahrensablauf eines Prozesses ökonomisch ausgestaltet werden, so kann es nicht dem Kläger anheimgestellt werden, dass er während des Verfahrens seine Klage beliebig ändern kann. Dies gebietet schon das schutzwürdige Interesse des Beklagten zu wissen, wogegen er sich verteidigen muss. Aber auch das Gericht muss Gewissheit haben über den Prozessstoff, um sich entsprechend vorbereiten zu können. Stünde es dem Kläger frei, jederzeit die Klage zu ändern, so würde dies unhaltbaren Trölereien Tür und Tor öffnen: Denn das Gericht müsste stets sich und insbesondere dem Beklagten Zeit einräumen, um mit der veränderten Prozesslage vertraut zu werden². Deshalb drängt es sich auf, die Klage von einem gewissen Zeitpunkt an zu fixieren.

Es können sich jedoch Situationen ergeben, in denen eine Veränderung der Klage durchaus angebracht wäre. Dabei ist in erster Linie an Korrekturen zufolge Schreib- oder Rechnungsfehler, an Ergänzungen zum Zwecke der Verdeutlichung oder Anbringung von Nebenpunkten zu denken. Aenderungen dieser Art werden von verschiedenen Zivilprozessgesetzen auch ausdrücklich für zulässig erklärt³. Des weiteren kann der Kläger - u.U. auch der Beklagte - zu Recht ein Interesse an einer Klageänderung haben, beispielsweise weil sich die der Klage zugrunde liegenden Verhältnisse verändert haben. Dem kann auch der Staat nichts entgegen halten, da es auch in seinem Sinne liegt, möglichst alle zwischen den Parteien aufgeworfenen Rechtsfragen im gleichen Prozessverfahren zu erledigen. Die generelle Zulassung der Klageänderung würde aber dem Kläger eine unlautere Handhabe in der Prozessführung bieten. Bei diesem Interessenkonflikt kommt denjenigen Kriterien Priorität zu, welche dem Beklagten Schutz vor Benachteiligungen bieten und das Prozessverfahren ökonomisch ausgestalten

1 Guldener S. 230.

2 Vgl. Guldener, Klageänderung S. 77.

3 Vgl. z.B. Zürich 107 Ziff. 1.

und gegen Störungen abschirmen, mithin "befestigen". Die Gesetze sehen deshalb im allgemeinen eine Kompromisslösung vor, indem sie Klageänderungen auf mehr oder minder breiter Basis - d.h. unter bestimmten Voraussetzungen -
zulassen⁴.

II. Die A e n d e r u n g d e r K l a g e

1. Die Klage

Der Begriff der Klage kann nicht generell definiert werden; seine Bedeutung ist abhängig vom Zusammenhang, in welchem er verwendet wird⁵. Im Zusammenhang mit der Klageänderung bedeutet Klage, dass jemand (der Kläger) ein Recht gegenüber jemand anderem (dem Beklagten) zu haben behauptet und zum Schutz oder zur Rechtsverwirklichung desselben ein Gesuch an das Gericht um Ausfällung eines Urteils stellt⁶. Daraus lassen sich einige Elemente der Klage erkennen.

- a) Als erstes bedarf eine Klage eines Initiators, eines Klägers. Daneben ist von Bedeutung, gegenüber wem mit der Klage ein Recht behauptet wird, d.h. gegenüber wem die gerichtliche Urteilsfindung Rechtswirkungen erzeugen soll. Die genaue B e z e i c h n u n g d e s B e k l a g -
t e n wie auch d e s K l ä g e r s gehört zur Klage⁷.
- b) Die Rechtsbehauptung hat der Kläger in Form eines Gesuches an das Gericht zu stellen. Ob seine Behauptung zutrifft, mithin sein behauptetes Recht geschützt wird, hat das Gericht zu beurteilen. Das Gesuch hat in Kürze das zu enthalten, worüber der Kläger ein gerichtliches Urteil begehrt, sei es die Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung (Leistungsklage), sei es die Feststellung eines bestimmten Rechtsverhältnisses (Feststellungsklage) etc.. Das Gesuch wird in eine Formel gekleidet und allgemein als R e c h t s b e g e h r e n bezeichnet.

⁴ S. dazu unten IV 1.

⁵ Vgl. Guldener S. 192; in diesem Sinne auch Heusser S. 4 Ziff. 2; Hess S. 4 Ziff. 3.

⁶ Heusser S. 4 f.; Hess S. 4.

⁷ Guldener S. 192.

- c) Parteibezeichnung und Rechtsbegehren genügen jedoch nicht zur Urteilsfindung. Das Rechtsbegehren muss näher begründet werden. Der Kläger hat, will er seine im Rechtsbegehren aufgestellte Behauptung rechtfertigen, dem Gericht die rechtlich relevanten Tatsachenverhältnisse zu unterbreiten⁸. Man spricht in diesem Zusammenhang von *K l a g e - g r u n d*.

Unter Klagegrund fällt nicht nur die sachliche, sondern auch die rechtliche Begründung des Rechtsbegehrens⁹. Im Zusammenhang mit der Begründung als klägerische Tätigkeit wird der Begriff Klagegrund meist nur auf die Angabe des Tatsächlichen, des Tatsachenkomplexes, des *L e b e n s v o r g a n g e s* beschränkt¹⁰. Die rechtliche Qualifikation ist Sache des Gerichtes. Sie ist als solche unabhängig von allfälligen rechtlichen Ausführungen des Klägers. Einzig die sachlichen Klagegründe sind von entscheidender Bedeutung, da der Richter durch Subsumtion der Tatsachenverhältnisse unter die geltenden Rechtsnormen zur rechtlichen Qualifikation und hierauf zum Urteil gelangt¹¹.

2. Aenderung

- a) Jede Aenderung bedeutet, dass durch Einwirkung auf etwas Bestehendes etwas Anderes geschaffen wird. Im Unterschied zur Schaffung von etwas gänzlich Neuem bleiben beim Veränderten gewisse Eigenschaften des Ursprünglichen erhalten. Ob sich im konkreten Fall etwas verändert hat oder nicht, kann nur auf Vergleichsbasis festgestellt werden. Den Massstab für den Vergleich bilden die Eigenschaften des Ursprünglichen in ihrer Gesamtheit, die demzufolge als bekannt vorauszusetzen sind. Im Resultat zeigt sich *d a n n* eine Aenderung, wenn wegen erfolgter Einwirkung nicht mehr sämtliche Eigenschaften (in qualitativer und/oder quantitativer Hinsicht) mit denjenigen des Ursprünglichen identisch sind. Einwirkungen, welche den Verlust der Identität des Ursprünglichen
-
- 8 Heusser S. 23.
- 9 Heusser S. 5 ff..
- 10 Helg S. 44. Zur doktrinären Kontroverse über den Begriff des Klagegrundes - insbesondere in Deutschland - vgl. aus schweizerischer Sicht Heusser S. 23 ff. und Hochuli S. 31 ff..
- 11 Hochuli S. 30; Guldener S. 196. Vgl. auch Heusser S. 31.

bewirken, können durch Hinzufügung, Wegnahme oder Ersetzung erfolgen¹².

b) Bei der Feststellung einer Klageänderung ist ebenso davon auszugehen, dass eine Klage überhaupt anhängig gemacht und soweit ins Detail umschrieben worden ist, dass sie eindeutig von einer veränderten Klage unterschieden werden kann. In der herrschenden Lehre¹³ spricht man von individualisierter Klage für die Bestimmung ihrer Identität, und zwar nicht nur im Zusammenhang mit der Klageänderung, sondern auch bei der Einrede der Litispandez oder der *res iudicata*, also immer auch dann, wenn dem Grundsatz des "ne bis in idem" zu entsprechen ist. Erst mit der Individualisierung der Klage wird eine Fixierung derselben ermöglicht. Die Angaben dazu hat der Kläger zu machen. Wie detailliert diese Angaben mit Bezug auf die einzelnen Elemente einer Klage auszufallen haben, wird Gegenstand der nachstehenden Untersuchung sein.

III. Die Individualisierung der Klage

Soll mit Eintritt der R. die Klage fixiert sein, so ist nicht nur eine Ersetzung, sondern auch eine Veränderung der Klage ausgeschlossen. Wird eine Klage dennoch verändert, so bedeutet dies, dass auf eine ursprüngliche Klage eingewirkt wird und als Resultat eine andere, veränderte Klage entsteht. Um den Unterschied zwischen ursprünglicher und veränderter Klage überhaupt feststellen zu können, muss die ursprüngliche Klage in allen sie charakterisierenden Einzelheiten bekannt sein; sie muss individualisiert sein, damit über ihre Identität im Vergleich zu einer möglicherweise nur leicht abgeänderten Klage kein Zweifel besteht.

Mit Bezug auf die einzelnen Klageelemente bedarf es zur Individualisierung der Angabe folgender Einzelheiten:

1. Die genaue Parteibezeichnung

Auch wenn die Bezeichnung der Parteien nicht eigentlich zum Gehalt einer Klage gehört, ist sie doch formeller Bestandteil derselben: Das Gericht

12 S. Hess S. 32; Heusser S. 8.

13 Guldener S. 201.

muss wissen, wer gegen wen klagt, d.h. zwischen welchen Parteien Uneinigkeit über die Rechtsfolge auf Grund von tatsächlichen Vorgängen besteht und nun ein gerichtliches Urteil begehrt wird. Die Gesamtheit aller Klagen wird durch die Bezeichnung der Parteien massiv eingeschränkt, da nur ein bestimmtes Verhältnis zwischen ihnen Gegenstand der Klage sein kann. Da jede Klage einen Initiator (Kläger) hat und gegen jemanden (Beklagten) gerichtet ist, wird sie durch die Parteibezeichnung in personeller Hinsicht individualisiert. In der Folge büsst die Klage ihre Identität ein, wenn ein Parteiwechsel erfolgt. Ein Parteiwechsel gibt dem Prozess aber ein derart anderes Gepräge, dass es sich nicht mehr um eine nur abgeänderte, sondern um eine g ä n z l i c h n e u e, a n d e r e K l a g e handelt¹⁴.

Nun gibt es bestimmte Parteiwechsel, die von Gesetzes wegen ausdrücklich für zulässig erklärt werden (z.B. der Eintritt des Rechts- und Pflichten-nachfolgers einer Partei in den Prozess bei Universalsukzession). In diesen Fällen wird aber nicht von Klageänderung gesprochen, noch handelt es sich um eine neue Klage. Hier wird vielmehr zufolge der ausdrücklichen Zulässigkeitserklärung des Parteiwechsels die Klageidentität als aufrechterhalten angesehen¹⁵. - Sicherlich gehören die Parteien nicht zum sachlichen Gehalt einer Klage, weshalb an dieser Stelle nicht näher auf sie als Individualisierungsmerkmal der Klage eingegangen wird¹⁶.

2. Das Rechtsbegehren

Wichtigster Teil der Klage ist das Rechtsbegehren. Es beinhaltet das, was der Kläger durch Urteil geschützt haben möchte. Wird es verändert, so ändert sich notwendigerweise auch die Klage, da der Kläger das Gericht für etwas Anderes um Schutz angeht. Daraus wird ersichtlich, dass das Rechtsbegehren als Ganzes zur Individualisierung einer Klage gehört.

14 Bischofberger S. 102; Hess S. 55 f.; Heusser S. 6; Helg S. 27; Kisch S. 25; Kupfer S. 122; Guldener S. 235 im Gegensatz zu Guldener, 2.A. S. 244.

15 Guldener S. 235 N. 28.

16 Zum Grundsatz der Parteifixierung und dem ausnahmsweise zulässigen Parteiwechsel s. oben § 7.

Es gibt nun Rechtsbegehren, die zusammen mit der Parteibezeichnung derart individuell sind, dass sie die Identität der Klage eindeutig zu bestimmen vermögen. Meist handelt es sich dabei um Feststellungs- oder Gestaltungsclagen. Guldener spricht in diesem Zusammenhang von Klagen, die ein "materiellrechtlich individualisiertes Recht zum Gegenstand haben"¹⁷.

3. Der Klagegrund

Es kann sein, dass die Parteibezeichnung und das Rechtsbegehren die Identität einer Klage nicht bestimmbar machen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Klage ein "nichtindividualisiertes Recht" zum Gegenstand hat¹⁸. Rechtsbegehren von Leistungsklagen zeigen sich beispielsweise dergestalt, dass der Kläger den Beklagten durch richterliches Urteil verpflichtet wissen möchte, ihm einen bestimmten Betrag zu bezahlen. Verschiedene Lebensvorgänge sind jedoch denkbar, auf Grund welcher der Kläger den Beklagten zur Bezahlung dieses bestimmten Betrages eingeklagt haben mag. So hat z.B. der Beklagte dem Kläger etwas abgekauft, den Kaufpreis aber noch nicht bezahlt - oder er hat ihm einen Schaden zugefügt, für den der Kläger Ersatz fordern möchte - oder er hat vom Kläger Geld ausgeliehen oder irrtümlicherweise erhalten, welches dieser nun zurückzuhaben wünscht etc.. Nun wird es aber im Interesse des Klägers sein, den Richter von der Richtigkeit seiner im Rechtsbegehren aufgestellten Behauptung durch Darlegung des Sachverhaltes zu überzeugen. Er wird sämtliche Tatsachen vorbringen, die seiner Ansicht nach geeignet sind oder sein könnten, sein Begehren zu begründen. Hat er dies genügsam getan, so ist die Klage substantziert, d.h. das Gericht ist in der Lage, die rechtliche Qualifikation - unter allfälliger Abnahme und Würdigung der offerierten Beweismittel - vorzunehmen, d.h. zu urteilen.

Einer derart ausführlichen Sachdarstellung bzw. Begründung bedarf aber die Klage nicht, damit ihre Identität feststellbar ist. Der Klagegrund ist als solcher - insbesondere auch die rechtlichen Klagegründe - nicht Individualisierungsmerkmal einer Klage. Dennoch hat der Kläger zur Individualisie-

¹⁷ Guldener S. 198.

¹⁸ Guldener S. 198.

rung gewisse Sachdarstellungen darzulegen; es genügt jedoch, wenn diese so summarisch ausfallen, dass dadurch der dem Rechtsbegehren zugrunde liegende Lebensvorgang eindeutig bezeichnet wird¹⁹. Der Kläger klagt z.B. den Beklagten zur Zahlung von Fr. 1'000.-- ein, weil dieser ihm den Grenzzaun zerstört habe. Das ob, wie und warum der Zerstörung ist für die Identität der Klage unerheblich. Lediglich das wann (d.h. das Datum), eventuell das wo der Zerstörung kann noch von Bedeutung sein, wenn nämlich der bezeichnete Lebensvorgang geeignet ist, wiederholt oder an verschiedenen Orten vorzukommen. Wird die Klage also durch Angabe des Lebensvorganges individualisiert, so heisst dies nicht, dass der Anspruch des Klägers auch in materiellrechtlicher Hinsicht fixiert sei. Die rechtliche Begründung des Anspruches kann gleichwohl noch abgeändert werden. Klagt der Kläger den Beklagten auf Rückzahlung von Fr. 1'000.-- ein, weil er ihm diese am Tage Y gegeben habe, so steht zwar der geltend gemachte Anspruch (eben die Rückforderung von Fr. 1'000.--) fest. Offen bleibt jedoch, ob es sich z.B. um eine *condictio indebiti* oder um eine Rückforderung eines Darlehens handle. Dem Kläger steht es frei, seine Anspruchsbegründung zu ändern und sich auf irrtümliche Zahlung zu berufen, wenn er sieht, dass dem Nachweis der Darlehensgabe kaum Erfolg beschieden sein wird; die Klage behält dabei ihre Identität, da Parteien, Rechtsbegehren und Lebensvorgang nicht verändert werden, sondern nur die rechtliche Begründung des Anspruches.

Ein einheitliches "Rezept" für die genügende Individualisierung der Klage gibt es nicht. Ob und wie ausführlich sachliche Klagegründe beigefügt werden müssen, hängt vom konkreten Einzelfall ab. Der Umfang der individualisierenden Merkmale richtet sich mithin nach der Art und der Komplexität der Klage bzw. des sie begründenden Lebensvorganges.

IV. K l a g e ä n d e r u n g s v e r b o t u n d R e c h t s h ä n g i g k e i t

1. Das Klageänderungsverbot nach den einzelnen Prozessgesetzen

Die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Klageänderung wird in den einzelnen Prozessgesetzen äusserst unterschiedlich geregelt. Unklare Terminologie und mangelnde Deutlichkeit der entsprechenden Regelungen sind

19 Guldener S. 201; Kummer, Klagerecht S. 92 f.. Vgl. auch Lutz N. 1 lit. a zu § 191.

die hauptsächlichsten Ursachen.

Andererseits haben sich im Laufe der Zeit die Ansichten darüber, inwieweit eine Aenderung der Klage noch toleriert werden soll, weitgehend und unterschiedlich geändert. So wird nach den neueren Gesetzen die Klageänderung auf derart breiter Basis zugelassen, dass kaum mehr vom Klageänderungsverbot als dem Grundsatz gesprochen werden kann: Sowohl für die Parteien wie auch für das Gericht ist es ökonomischer, wenn dem Kläger ermöglicht wird, einen oft verzeihlichen oder zufolge bestimmter Aenderungen gar unvermeidbaren Fehler sofort und auf leicht möglichste Art zu korrigieren; der Abbruch des Verfahrens und die hernach erneute Anhängigmachung der angepassten Klage ist hiefür eher schwerfällig. Immerhin stellen auch diese Gesetze die Möglichkeit zur Klageänderung nicht ins uneingeschränkte Belieben des Klägers²⁰.

Stets zulässig ist die Einschränkung des Rechtsbegehrens: Das eingeschränkte Rechtsbegehren ist als Teil im ursprünglichen enthalten, und mit Bezug auf den fallengelassenen Teil wird Abstand angenommen. Demnach kann der Kläger seine eingeklagte Forderung jederzeit reduzieren, oder aber auch seine Leistungsklage beispielsweise in eine Feststellungsklage auf Anspruch einer Leistung abändern²¹.

Ueber das weitläufige Gebiet der Klageänderung kann im folgenden nicht mehr als ein knapper Ueberblick gegeben werden. Für Einzelfragen sei auf die Spezialliteratur verwiesen²².

Die verschiedenartigen Regelungen der Klageänderung lassen sich in groben Zügen in 3 Gruppen unterteilen:

- a) Einzelne Kantone kennen keine speziellen Bestimmungen in Bezug auf die Klageänderung²³.

20 Walder schreibt mit Bezug auf den Zürcher Zivilprozess von "erschwerter Klageänderung" während der R., Zivilprozess S. 292.

21 Guldener, Klageänderung S. 80 N. 3.

22 S. dazu bei Guldener S. 234 N. 25.

23 Z.B. der Kanton Genf, s. Habscheid S. 265.

b) Mehrheitlich sprechen sich die Gesetze nur über die Aenderung des Rechtsbegehrens aus²⁴. Sie verbieten grundsätzlich dessen Aenderungen unter Vorbehalt bestimmter Ausnahmen, oder - was sich auf das selbe beläuft - sie lassen eine Aenderung im allgemeinen zu, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Nach den meisten Gesetzen bestehen diese Voraussetzungen darin, dass (abgesehen von der in einzelnen Kantonen verlangten Zustimmung des Beklagten) das veränderte Rechtsbegehren sich auf den gleichen, ursprünglichen Klagegrund stützen muss. Ausserdem wird die Zulässigkeit oft ins Ermessen des Richters gestellt, der bei der Entscheidung die veränderte Stellung des Beklagten sowie die allfällige Erschwerung oder Verzögerung des Verfahrens zu berücksichtigen hat²⁵. Mit dieser Vorschrift wird erreicht, dass der Richter missbräuchlichen Klageänderungen wirksam begegnen kann. Die Meinung dieser Gesetze geht insbesondere dahin, dem Kläger die Erweiterung des Rechtsbegehrens zu ermöglichen²⁶. Dadurch können künftige Prozesse über Ansprüche aus dem selben Lebensvorgang vermieden werden. Nicht zuletzt ermöglicht eine solche Regelung dem Kläger auch, sein Begehren auf Naturalerfüllung in ein solches auf Schadenersatz abzuändern. (Zu denken ist an einen Vindikationsprozess, wenn z.B. der Beklagte die herausverlangte, individuell bestimmte Sache zerstört hat). Hat die Klage ein nicht individualisiertes Recht zum Gegenstand, so ist die Aenderung des Rechtsbegehrens schon deshalb nicht zulässig, weil sie auch eine Modifizierung des Klagegrundes zur Folge hat²⁷. Deshalb betonen einige Gesetze noch, dass die Aenderung des Rechtsbegehrens sich auf den nämlichen Klagegrund zu stützen habe²⁸. Dies gilt aber auch für diejenigen Gesetze,

24 Bund 26, Bern 94, Uri 135, Obwalden 133, Glarus 52 Ziff. 1, Zug 63, Freiburg 131, Solothurn 144, Appenzell Ausserrhoden 133, Appenzell Innerrhoden 108, St. Gallen 175, Waadt 266 ff., Wallis 88, Neuenburg 160.

25 Vgl. z.B. Bern 94 und St. Gallen 175. Weitgehend verboten wird die Veränderung des Rechtsbegehrens in den Kantonen Uri und Glarus (vgl. auch Neuenburg 160).

26 Eine Einschränkung des Rechtsbegehrens ist - wie dies einzelne Gesetze ausdrücklich aussprechen (z.B. Freiburg 133 Abs. 3) - immer zulässig (s. oben II 2. lit. b).

27 Vgl. Heusser S. 10.

28 So die Kantone Bern, Obwalden, Zug und Solothurn.

welche hierauf nicht ausdrücklich eingehen²⁹. Veränderungen in der Darstellung von Ereignissen oder neue Sachvorbringen sind aber stets dann zulässig, wenn sie nicht die Identität der Klage zerstören³⁰.

Nach dieser Gruppe ist jede Veränderung des Klagegrundes, wenn dieser zur Bestimmung der Identität beizuziehen ist, verboten; auch die Veränderung des Rechtsbegehrens ist grundsätzlich untersagt und nur in bestimmten, von den Gesetzen vorgesehenen Fällen zulässig.

- c) In anderen Kantonen nehmen die entsprechenden Normen nicht nur Bezug auf das Rechtsbegehren, sondern auf die Klage schlechthin³¹. Die Klageänderung wird grundsätzlich verboten. Hievon machen auch die revidierten Gesetze der Kantone Zürich und Schwyz keine Ausnahme; im Vergleich zu den oben unter b) erwähnten Ausnahmen lassen diese beiden Gesetze hingegen Klageänderungen in breiterem Rahmen zu: sie sind möglich, wenn der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten im engen Zusammenhang steht³². Den Ansprüchen muss demnach nicht immer der gleiche Lebensvorgang zugrunde liegen, sondern sie können sich auch - unter Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Voraussetzungen - lediglich auf das gleiche Objekt beziehen³³.

Auch nach den Kantonen Zürich und Schwyz ist demnach die Veränderung des Rechtsbegehrens und des Klagegrundes, sofern und so weit dieser letztere zur Identitätsbestimmung beigezogen werden muss, grundsätzlich unzulässig. Wohl eher zur vorstehenden Gruppe ist der Kanton Nidwalden insofern zu zählen, als er zwar in § 127 Abs. 1 ZPO die Aenderung der Klage verbietet, in Abs. 2 aber die Voraussetzungen ausnahmsweise zulässiger Aenderungen nur bezüglich des Rechtsbegehrens regelt.

29 Vgl. Guldener, Klageänderung S. 78 f..

30 Vgl. Walder, Zivilprozess S. 293.

31 Zürich 107 Ziff. 1, Schwyz 96 Ziff. 1, Nidwalden 70 Ziff. 2, Tessin 74 ff., vgl. auch Basel Stadt 79 und Schaffhausen 161 Ziff. 3. Vgl. für den Kanton Genf 98 und Guldener S. 236.

32 Zürich 61, Schwyz 56. Nach Nidwalden 127 Abs. 2 wird der enge Zusammenhang zwischen den Rechtsbegehren verlangt.

33 Sträuli/Messmer N. 3 zu § 61; Walder, Zivilprozess S. 293 f.. Sofern kein neuer Anspruch erhoben wird, liegt bei gleichem Lebensvorgang i.d.R. gar keine Klageänderung, sondern eine bloss neue rechtliche Begründung vor.

Trotz der verschiedenartigen Regelungen ist den einzelnen Zivilprozessgesetzen gemeinsam, dass sie die Klageänderung nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zulassen. Als Grundsatz gilt demnach im schweizerischen Zivilprozessrecht das Klageänderungsverbot, und die Unterschiede beziehen sich lediglich auf die Art und den Umfang der Zulässigkeit der Durchbrechung des Verbotes.

2. Das Klageänderungsverbot in Relation zur Rechtshängigkeit

Nun stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Kläger seine Klage nicht mehr oder nur unter bestimmten Voraussetzungen ändern kann, oder mit anderen Worten das Klageänderungsverbot als Grundsatz zum tragen kommt. Nach der herrschenden Lehre greift dieser Grundsatz ab Eintritt der R. Platz³⁴. Das bedeutet, dass der Grundsatz des Klageänderungsverbotes eine Wirkung der R. ist. Der Mehrzahl der Gesetze ist dies denn auch eindeutig zu entnehmen³⁵.

Es ist jedoch unmöglich, dass dieses Verbot immer ab Eintritt der R. wirksam wird: Die Ursache liegt darin, dass die Kantone die R. zu verschiedenen Zeitpunkten beginnen lassen, und dass zu diesen Zeitpunkten die Identität der Klage und mithin eine Aenderung derselben oft noch gar nicht feststellbar ist. Für das Verfahren mit vorausgehendem Sühnversuch seien im folgenden die Prozessordnungen auseinandergehalten, welche die R. zu Beginn des Sühnversuches, an dessen Ende und zu Beginn des ordentlichen Verfahrens eintreten lassen³⁶.

- a) Unter keinen Umständen kann während der Sühnverhandlung eine Klage definitiv auf ihre Identität hin ausgemacht werden, auch wenn die R. schon zu Beginn des Sühnversuches eintritt. Frühestens nach den gemachten Ausführungen der Parteien oder nach dem gänzlich oder teil-

34 Guldener S. 234; Walder, Zivilprozess S. 293 f.; vgl. auch Kummer S. 98 f.; Habscheid S. 251 und 265.

35 Zürich 107 Ziff. 1, Bern 94, Uri 135 Abs. 1, Schwyz 96 Ziff. 1, Nidwalden 70 Ziff. 2, Obwalden 133, Glarus 52 Ziff. 1, Solothurn 144, Schaffhausen 161 Ziff. 3, Aargau 133 in Verbindung mit 116 f., Appenzell Innerrhoden 108, St. Gallen 175, Wallis 88, Neuenburg 160.

36 S. im Anhang Tab. II.

weise missglückten Schlichtungsversuch lässt sich die letztlich streitige Klage in ihrer Individualität erkennen. Im Kanton Graubünden darf denn auch erst nach Abschluss des erfolglosen Sühnversuches das in der Weisung aufgeführte Rechtsbegehren keine Aenderungen (abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen) erfahren³⁷.

b) Wie eben unter a) erwähnt wurde, kristallisiert sich die Identität einer Klage frühestens nach dem erfolglos abgeschlossenen Sühnversuch heraus. Tritt nun die R. nach einzelnen Gesetzen zu diesem Zeitpunkt ein, so kann auch das grundsätzliche Verbot der Klageänderung als Wirkung der R. bezeichnet werden, da es ab diesem Moment seine Wirksamkeit entfalten kann³⁸.

c) Anders verhält es sich, wenn die R. zu Beginn des ordentlichen Prozessverfahrens eintritt. Hier steht eigentlich die Klageidentität schon nach dem erfolglos durchgeführten Sühnversuch fest. Nach dem Wortlaut der Gesetze beginnt das Verbot der Klageänderung hingegen erst später, nämlich als Wirkung der R. mit deren Eintritt. Die Tatsache, dass das Klageänderungsverbot erst eine gewisse Zeit, nachdem die Identität der Klage feststeht, seine Wirkung entfaltet, könnte zur irrigen Annahme führen, dass eine Klage in diesem Zwischenstadium beliebig veränderbar wäre. Dem ist aber nicht so, weil in der Weisung zumindest das Rechtsbegehren festgehalten wird. Eine Aenderung des Rechtsbegehrens bliebe dem Richter somit nicht verborgen. Will der Kläger am veränderten Rechtsbegehren festhalten, so muss er - soll der vorgängige, obligatorische Sühnversuch nicht seinen Sinn verlieren - zur Erlangung der korrekten Weisung ein neues Sühnverfahren durchlaufen. Aus dem Gesagten wird ersichtlich, dass das Rechtsbegehren an sich schon mit der Ausstellung der Weisung fixiert wird³⁹. Da eine Klageänderung aber erst ab Beginn des Verfahrens vor dem ordentlichen Richter nach aussen hin bemerkbar wird, ist es auch verständlich, wenn sie die Gesetze erst ab diesem

37 Weber S. 101 und 103.

38 Für den Kanton Thurgau s. Helg S. 56; für den Kanton Basel Land s. Weibel S. 110.

39 Vgl. auch Heusser S. 19.

Moment, d.h. ab Beginn der R. verbieten^{39a}.

Unregelmässigkeiten können sich dann ergeben, wenn die Klage ein nicht individualisiertes Recht zum Gegenstand hat. Die Identität der Klage ist solchenfalls der Weisung nicht eindeutig zu entnehmen, weil die Kantone den Inhalt der Weisung mit Bezug auf die Klage neben der Parteibezeichnung in der Regel auf das Rechtsbegehren beschränken⁴⁰. Der Kläger kann also seine Klage aus einem anderen Lebensvorgang herleiten, als er dies anlässlich der Sühnverhandlung getan hat, ohne dass der Richter dies bemerken würde, es sei denn, die Akten gäben hierüber Aufschluss. In der Regel ist jedoch der Beklagte in der Lage, solche Aenderungen festzustellen. Nun bezweckt aber das Klageänderungsverbot insbesondere den Schutz des Beklagten, und es ist deshalb seine Aufgabe, sich allenfalls zur Wehr zu setzen und nachzuweisen, dass der Kläger seinen geltend gemachten Anspruch während des Sühnverfahrens auf einen anderen Lebensvorgang gestützt hat; ist er dazu nicht im Stande, weil er die Veränderung zufolge Ausbleibens von der Sühnverhandlung gar nicht bemerken kann, so hat er dies selber zu vertreten. Auch unter Berücksichtigung des fehlenden Zwanges zur Parteivertretung durch einen Rechtskundigen ist dieses Problem in seiner Tragweite nicht gross, da es im allgemeinen wohl selten der Fall sein wird, dass der Beklagte eine ihm ungelegen erscheinende Klageänderung einfach wortlos hinnimmt. Nichtsdestoweniger könnte diesem Randproblem Abhilfe geschaffen werden, wenn der Sühnbeamte allorts gehalten wäre, die Klage stets individualisiert in der Weisung festzuhalten⁴¹. Dem ist nun aber nicht so, und deshalb sind Aenderungen - auch soweit Individualisierungsmerkmale der Klage betroffen werden - noch nach Eintritt der R. möglich⁴². Gleichwohl besteht auch hier eine Relation der R. zum Klageänderungsverbot als Wirkung der R.: Ist die Klage während der R. einmal derart umschrieben und begründet worden, dass ihre Identität zwei-

39a S. oben § 8 III lit. d.

40 Vgl. z.B. Zürich § 100 Ziff. 4.

41 Vgl. zu diesem Problem für den Kanton Thurgau Helg S. 45 f., der zum Schluss kommt, dass wohl von Gesetzes wegen die individualisierte Klage zum Inhalt der Weisung gehört, was aber in der Praxis übergangen wird.

42 S. Guldener S. 199; Hess S. 80 f.. Vgl. z.B. Zürich 114 f..

felsfrei feststeht, so bleibt sie auch in dieser Gestalt während der ganzen restlichen Dauer der R. grundsätzlich fixiert⁴³. Der Grundsatz des Klageänderungsverbotes ist demnach als Wirkung des Zustandes der R., und nicht als Wirkung des Eintritts der R. aufzufassen.

Einzelne Gesetze kennen kein vorgängiges Sühnverfahren. Sie bringen die Relation von R. und Klageänderungsverbot (bzw. Zulassung der Klageänderung unter bestimmten Voraussetzungen) nicht mit der Deutlichkeit, wie dies andere Kantone tun, zum Ausdruck⁴⁴. Eine Klageänderung ist aber ohnehin nur während der R. denkbar, da diese schon ganz zu Beginn des Prozessverfahrens eintritt. Steht die Identität der Klage nicht schon zu Beginn des Verfahrens fest, so gilt das im obigen Abschnitt erwähnte sinngemäss auch hier; steht sie fest, so sind Aenderungen nur noch im Rahmen kantonaler Ausnahmeregeln (bzw. Voraussetzungen) zulässig: das Verbot der Klageänderung tritt mithin als Wirkung der R. in Erscheinung⁴⁵.

Zusammenfassend lässt sich für den schweizerischen Zivilprozess festhalten, dass der Grundsatz des Klageänderungsverbotes im allgemeinen eine Wirkung des Zustandes der R. ist.

43 Verschiedene Gesetze lassen neue Tatsachenbehauptungen und damit Veränderungen des Klagegrundes bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (, z.B. bis zum Beginn der Beweisführung,) und in bestimmtem Umfange zu; s. dazu im einzelnen Heusser S. 34 ff..

44 Vgl. z.B. Bund 26 und Basel 79.

45 Für den Kanton Basel Stadt s. Goepfert S. 94 f. und S. 97.

2. ABSCHNITT: P F L I C H T E N O D E R L A S T E N B E G R U E N D E N D E W I R K U N G E N

§ 10 AUSWIRKUNG AUF DEN STREITGEGENSTAND

I. P r o b l e m a t i k

Die Aufgabe des Richters besteht darin, die rechtmässigen, rechtlichen Verhältnisse aus streitigen Fragen zu eruieren und daraus sein autoritäres Ergebnis (Erkenntnis) als die vom Gesetz geschützte Lösung den Streitenden mitzuteilen. Das richterliche Ergebnis erfasst die Sachlage zu einem bestimmten Zeitpunkt. Dieses kann aber nicht schon bei der Anhängigmachung vorliegen: Der Richter bedarf einer gewissen Zeit für die Erfüllung seiner Aufgabe. Während dieser Zeitspanne kann die streitbefangene Sache Veränderungen erfahren, die sich für eine Partei, auf den Prozessverlauf und auf die Urteilsfindung negativ auswirken können.

- Hat der Richter auf die Verhältnisse zur Zeit der Anhängigmachung der Klage abzustellen, so beeinträchtigen solche Veränderungen seine Aufgabe. Nachträgliche Veränderungen des Streitgegenstandes können nicht nur eine erhebliche Erschwerung in der Nachweiserbringung seitens einer Partei (und mithin eine Dehnung des Prozessverlaufes) zur Folge haben. Auch dem Richter wird es eher noch erschwert, die Verhältnisse - wie sie tatsächlich bei Rechtshängigkeitseintritt waren - zu erkennen, (was ja letztlich die Grundlage seiner Entscheidung bilden sollte).
- Hat der Richter auf die Verhältnisse zur Zeit der Urteilsfällung abzustellen, so kann theoretisch sein Arbeits- und Zeitaufwand zufolge andauernder Veränderung des Streitgegenstandes ad infinitum führen. Es besteht die Gefahr, dass der einmal gefällte Entscheid eben doch nicht alle, insb. nicht die jüngsten Veränderungen berücksichtigt.

Die aufgezeigten Konsequenzen sind insofern unbillig, als es in der Hand der Parteien liegt, durch einseitiges Handeln den Streitgegenstand zu verändern. Durch solch mutwilliges Vorgehen einer Partei wird nicht nur das Prozessverfahren erschwert, sondern der Gegenpartei können darob schwere oder irreparable Nachteile erwachsen. Die Prozessgesetze sehen deshalb vor, solche Unzulänglichkeiten weitmöglichst einzudämmen.

Dem Gesetzgeber stellt sich die Frage, wie weit das öffentliche, in concreto das zivilprozessuale Recht Eingriffe in Rechte, welche den Privaten und

mithin den Prozessparteien kraft Bundeszivilrecht zustehen, vornehmen kann und soll. Ist beispielsweise in einem Vidikationsprozess das Eigentum an einer Sache streitig, so zeigt sich die Problematik darin, ob eine Partei sämtliche aus dem Eigentum fliessenden Rechte wahrnehmen kann, bevor überhaupt gerichtlich entschieden wurde, wem das Eigentum an der Sache und mithin die damit verbundenen Rechte tatsächlich zustehen.

Wohl setzt das Bundeszivilrecht dem kantonalen Oeffentlichen Recht keine Schranken (Art. 6 ZGB); vielmehr räumt es ihm in Art. 6 Abs. 2 ZGB die Befugnis ein, "den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen zu beschränken oder zu untersagen oder die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig zu bezeichnen". Diese Befugnis steht aber dem Kantonalen Zivilprozessrecht gerade nicht zu: obwohl es zum Oeffentlichen Recht gezählt wird, steht es der Funktion nach in einem "inneren Abhängigkeitsverhältnis" zum materiellen Zivilrecht. Die Aufgabe des Prozessrechts, nämlich die Schaffung der verfahrensrechtlichen Möglichkeit zur Durchsetzung des Zivilrechts, steht im Gegensatz zu Eingriffen in dasselbe. Hans Huber spricht von "d e r d i e n e n d e n R o l l e" des Zivilprozessrechtes gegenüber dem materiellen Zivilrecht¹. Durch diese Rollenverteilung ist es den Zivilprozessgesetzen "verwehrt, den Anwendungsbereich des Bundeszivilrechts zurückzudrängen"².

Des weiteren ist zu bemerken, dass den öffentlichrechtlichen Vorschriften im Sinne von Art. 6 ZGB ein öffentlichrechtliches Interesse zugrunde liegen muss³. Ein prozessrechtliches Veränderungs- oder Veräusserungsverbot der streitbefangenen Sache liegt jedoch nicht unmittelbar im öffentlichen Interesse. Basis dieser Verbote bildet wie schon oben erwähnt die Idee, die eine Prozesspartei vor benachteiligendem, mutwilligem Handeln der Gegenpartei zu schützen. Der Schutzzweck richtet sich auf bestimmte Einzelpersonen; das öffentliche Interesse wird nicht unmittelbar tangiert. Aus diesen Gründen kann ein kantonales, prozessuales Veränderungs- oder Veräusserungsver-

1 Hans Huber in Berner Komm., Einleitungs-Bd., N. 48 zu Art. 6 ZGB.

2 Berner Komm. a.a.O.

3 Vgl. BGE 98 I a 495 E. 3 lit. a; BGE 96 I 716: "Il faut que les règles en question visent principalement à promouvoir l'intérêt général, qu'elles se justifient par des motifs plausibles et pertinents d'intérêt publics, qu'elles ne soient pas contraires au sens et à l'esprit du droit civil fédéral et qu'elles n'en empêchent pas l'application".

bot seine rechtliche Grundlage nicht aus Art. 6 ZGB herleiten⁴.

Gleichwohl verbieten einige kantonale Prozessgesetze die Veränderung oder Veräusserung des Streitgegenstandes. Einem solchen Verbot kommt prozesspolizeiliche Bedeutung zu⁵. Kann es seine Zulässigkeit nicht aus Art. 6 ZGB herleiten, so wird sich dies insbesondere in der Sanktion bei Nichtbeachtung des Verbotes manifestieren. Dem ist auch so: Eine Veräusserung hat beispielsweise trotz zivilprozessrechtlichem Verbot nicht eo ipso die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge; Die Gültigkeit richtet sich einzig nach dem materiellen Zivilrecht. Das Prozessrecht behilft sich deshalb - soweit das materielle Zivilrecht oder das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkursrecht (SchKG) keine entsprechenden Regelungen treffen - mit eigenen Mitteln. Ueber den Umweg der einstweiligen (vorsorglichen) Verfügung wird das Veränderungsverbot bzw. Erhaltungsgebot dem Einzelfall angepasst und mit der zweckmässigen Sanktion ausgestattet⁶. Die dem Prozessrecht zur Verfügung stehenden Möglichkeiten vermögen jedoch nicht die Aufrechterhaltung des status quo mit Bezug auf den Streitgegenstand zu garantieren. Immerhin bieten sie einen nicht zu unterschätzenden Schutz: Im Rahmen einstweiliger Verfügungen können amtliche Verbote oder Befehle ergehen unter der Androhung, dass Nichtbeachtung z.B. die Ueberweisung an den Strafrichter zur Folge hat (Art. 292 StGB)⁷.

II. D a s V e r b o t d e r V e r ä n d e r u n g d e s S t r e i t g e g e n s t a n d e s

1. Begriffliches

Zum besseren Verständnis dessen, was vom obgenannten Verbot erfasst wird, sei vorweg in Kürze auf den Streitgegenstand sowie auf Art und Umfang der Veränderung eingegangen.

4 Kupfer, S. 73 f.; a.A. andeutungsweise Guldener S. 290 III.

5 Kupfer S. 74.

6 Vereinzelt finden sich auch Möglichkeiten im Zivilrecht, so z.B. Art. 939, 940, 960 Ziff. 1, 961 Ziff. 1, 966, 598 Abs. 2, 604 Abs. 3 ZGB, Art. 168 Abs. 3 OR.

7 Zu den kantonalen Sanktionen siehe unten Ziff. 3.

a) Der Streitgegenstand

Der Streitgegenstand ist ein Begriff des Prozessrechtes. Die Problematik seiner Umschreibung zeigt sich schon daraus, dass über ihn eine ausserordentlich umfangreiche Literatur existiert; insbesondere die deutsche Prozessrechtswissenschaft hat sich eingehend mit dem Streitgegenstand befasst. Es sollen jedoch hier nicht verschiedene Auffassungen analysiert und einander gegenübergestellt werden; hiezu sei auf Isaak Meier und dort zitierte Literatur verwiesen⁸.

Im folgenden soll unter Streitgegenstand der Inhalt dessen, was der Kläger mit seiner Klage erreichen will⁹, zu verstehen sein. Er umfasst nicht nur Rechte¹⁰, sondern auch Sachen¹¹. Die Parteien eines Prozesses stehen regelmässig in einer Beziehung zu diesen Rechten oder Sachen, denn auf dieser beruht ja eine ihrer Prozessvoraussetzungen: die Sachlegitimation¹². - Wird nun der Streitgegenstand verändert, so ist er das Objekt, auf welches sich eine Handlung verändernd auswirkt, er ist Objekt der Veränderung.

b) Die Veränderung

- D a s V e r ä n d e r u n g s v e r b o t bezweckt primär, die eine Partei vor Schaden zu bewahren, der ihr durch Veränderungen des Streitgegenstandes von seiten der Gegenpartei her erwachsen könnte: Denn sowohl faktische wie rechtliche Veränderungen können das Obsiegen einer Partei verhindern oder doch gefährden. Aber auch im Sinne der Wahrheitsfindung durch das Gericht liegt es, dass der status quo aufrecht erhalten wird.

- V e r ä n d e r u n g s h a n d l u n g e n können namentlich in der Zerstörung oder Verschlechterung (Beschädigung) des Streitgegenstandes

8 Meier, Isaak: "Jura novit curia", Diss. Zürich 1975, S. 24 ff., zur Literatur insbesondere N. 2. S. 24, N. 8 S. 25.

9 Walder, Zivilprozess S. 7.N. 21 lit. d, S. 9 N. 33.

10 Guldener S. 289 II.; Kupfer S. 37.

11 Z.B. eine Sache im Vindikationsprozess.

12 Rosenberg, (6.A.) § 103 II.; Sträuli/Messmer N. 1 zu § 49. Bei fehlen der Sachlegitimation ist die Klage aus eben diesem Grunde abzuweisen.

bestehen; ebenso nachteilig können sich auch Verbesserungen, Instandstellungen oder Verarbeitungen auswirken, wenn dadurch z.B. eine Partei in Beweisschwierigkeiten gerät. - Auch die V e r - ä u s s e r u n g, welche den Streitgegenstand in rechtlicher Hinsicht zum Nachteil der Gegenpartei verändern kann, ist hier hinzuzuzählen¹³. Unter Veränderungen sind somit solche körperlicher und rechtlicher Art zu verstehen¹⁴. Wird die Veräusserung nicht speziell erwähnt, figuriert sie im allgemeinen unter dem Begriff Veränderung¹⁵.

Die Veräusserung findet aber in der Literatur und oft auch in den Gesetzen der speziellen Erwähnung. Diese Sonderstellung rührt daher, dass die Veräusserung neben den Folgen mit Bezug auf den Streitgegenstand zusätzlich noch Fragen bezüglich der Sachlegitimation des Veräusserers bzw. der Prozessführungsbefugnis des Erwerbers aufwirft¹⁶.

2. Kantonale Regelungen

Ob der Streitgegenstand verändert werden darf, oder umgekehrt der Zustand (die Sachlage) des Streitgegenstandes aufrechterhalten werden muss, wird von den Kantonen unterschiedlich geregelt.

- Der Kanton Graubünden verbietet die Veränderung oder Veräusserung des Streitgegenstandes grundsätzlich¹⁷. Andere Gesetze schränken die Verbote insofern ein, als sie nur die Veränderung oder Veräusserung z u m N a c h t e i l d e r G e g e n p a r t e i erfassen wollen¹⁸, oder

13 Kupfer S. 75; Sträuli/Messmer N. 16 zu § 107.

14 Sträuli/Messmer N. 16 zu § 110; vgl. auch Walder, Zivilprozess S. 296 Ziff. 3.

15 Sträuli/Messmer N. 16 zu § 110; Walder, Zivilprozess S. 296.

16 Dazu oben § 7 II.3.

17 Graubünden 65 Ziff. 2.

18 Luzern 102 lit. a und 351; Schaffhausen 161 Ziff. 2; im Endergebnis Ähnlich ist Bern Art. 161 Abs. 3, der von der generellen Zulässigkeit ausgeht und b e d i n g t Veränderungen und Veräusserungen - nämlich wenn diese zum Schaden des Klägers erfolgen - sanktioniert.

aber diese unter Vorbehalt der Bewilligung durch das Gericht verbieten¹⁹ - oder beides²⁰.

- Die Regelung, welche nur das Veränderungsverbot normiert, die Veräusserung jedoch miteinbezogen wissen will, kennt u.a. der Kanton Zürich.

Auch in dieser Gruppe von Prozessgesetzen finden sich - mit Ausnahme des Kantons Aargau²¹ - die oben erwähnten Einschränkungen des Verbots: Das Verbot darf sich nur auf Veränderungen zum Nachteil der Gegenpartei erstrecken²², und die Aenderung unterliegt zudem der Bewilligung durch das Gericht²³.

Diejenigen Prozessgesetze, welche festhalten, dass die Veränderung und/oder Veräusserung des Streitgegenstandes während der R. keinen Einfluss auf das Prozessverfahren habe, verzichten in der Regel auf die explizite Regelung von Veränderungs- oder Veräusserungsverboten. Sie tun dies im Bewusstsein um die erwähnte dienende Rolle des Prozessrechts gegenüber dem Zivilrecht - d.h. im Bewusstsein um das Fehlen der Kompetenz, entsprechende Verbote für den Fall ihrer Nichtbeachtung mit zivilrechtlicher Wirkung auszustatten. Diese Normen beziehen sich auf die Folgen von Veränderungen oder Veräusserungen des Streitgegenstandes im Zusammenhang mit der Sachlegitimation der Parteien und allenfalls auch mit dem Bereich der Urteilkraft²⁴. - So normieren viele Gesetze das Veränderungs- oder Veräusserungsverbot nicht. Wie dem auch sei - ob ausdrückliche Normierung oder nicht - im Endeffekt sind sich alle Gesetze insoweit ähnlich, als sie unerwünschten Veränderungen und/oder Veräusserungen auf gleiche Weise begegnen²⁵.

19 Nidwalden 70 Ziff. 1.

20 Obwalden 54 lit. b.

21 Aargau 113 lit. b.

22 Zug 82 Ziff. 4; Wallis 87 Ziff. 2; Uri 137 Abs. 2.

23 Zürich 107 Ziff. 3 und dazu Sträuli/Messmer N. 16 zu § 107, vgl. auch Walder, Zivilprozess S. 296; ebenso dürfte Schwyz 96 Ziff. 3 zu verstehen sein.

24 Z.B. Bund 21 Abs. 2; Freiburg 126 lit. c; Solothurn 57 lit. c; vgl. auch Luzern 103 und Uri 135 Abs. 3.

25 S. unten Ziff. 3. Vgl. auch Weibel in BJM 1966 S. 117. Der Kanton Wallis kennt zudem noch das Innovationsverbot. Danach darf der Inhaber des Streitgegenstandes während der Dauer des Prozesses - d.h. während der R. - keine Veränderungen an demselben ohne die Zustimmung des Richters vornehmen (Art. 331 f. ZPO).

3. Sanktion

Um dem Veränderungs- und/oder Veräusserungsverbot bzw. umgekehrt dem Gebot um Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes Gewicht zu verleihen, bedarf es notgedrungen bestimmter Folgen für den Fall der Nichtbeachtung. Sie richten sich nach dem Zweck der Vorschriften, welcher an dieser Stelle nochmals wiederholt sei.

- a) Den Parteien soll nach Möglichkeit kein Nachteil aus dem Umstand erwachsen, dass der Rechtsstreit nicht schon bei seiner Anhängigmachung, sondern erst nach einer gewissen Zeitspanne erledigt werden kann²⁶. Während dieser Zeitspanne besteht das Bedürfnis, den bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten²⁷.
- b) Der Zustand des Streitgegenstandes soll nach Möglichkeit keine Aenderung erfahren, damit der Richter bei der Erfüllung seiner Aufgabe der materiellen Wahrheit möglichst nahe kommen kann. Dabei ist unerheblich, ob sich das richterliche Urteil über die Verhältnisse zur Zeit der Anhängigmachung oder der Urteilsfällung auszusprechen hat: Schwierigkeiten in der Ermittlung der tatsächlichen und in der Folge auch der rechtlichen Verhältnisse können sich in beiden Fällen zufolge Veränderungen ergeben²⁸.

Der Schwerpunkt des Zwecks liegt eindeutig in der Erhaltung des bestehenden Zustandes. Das Verbot der Veränderung bzw. Gebot der Erhaltung müsste demnach bei Nichtbeachtung derartige Folgen zeitigen, dass eigenmächtiges Zuwiderhandeln einer Partei von vornherein unmöglich, wirkungslos, nicht lohnend oder strafbarkeitsbegründend wäre: Zur Vermeidung eines Verstosses gegen diese Vorschrift muss der entsprechenden Sanktion Präventivwirkung zukommen. Ein Beispiel wäre die Nichtigkeit von Veräusserungsgeschäften während des Prozesses. Das Prozessrecht kann aber keine ins Zivilrecht greifende Massnahmen statuieren. Zivilrechtliche Wirkungen treten nur ein, soweit sie vom Zivilrecht ohnehin

26 Vgl. Popper S. 84 III.

27 U.U. drängen sich Massnahmen auf, die eine sofortige Veränderung erfordern, z.B. Instandstellungen oder Veräusserungen rasch verderblicher Ware.

28 Vgl. Weber S. 53 III.

schon vorgesehen sind. Wenn der Kanton Bern in Art. 161 Abs. 3 ZPO die Schadenersatzpflicht des Beklagten erwähnt für den Fall, dass dieser den Streitgegenstand zum Schaden des Klägers wesentlich verändert oder veräussert, so weist er lediglich auf die schon bestehende Schadenersatzpflicht gemäss Bundesprivatrecht hin (Art. 939, 940 ZGB)²⁹. Ersatz bleibt aber Ersatz. Auch andere, vereinzelt vorhandene zivilrechtliche Bestimmungen reichen nicht aus, um sämtlichen Einzelfällen, in welchen Gefahr eigenmächtiger Veränderungen droht, genügend präventiv zu begegnen.

Auch die Prozessgesetze kennen kein unmittelbares, generelles Sanktionsmittel³⁰. Nicht jede Veränderung des Streitgegenstandes braucht notwendig einer Partei zum Nachteil zu gereichen; überdies soll die letztlich berechnete (obsiegende) Partei nicht zum vornherein grundlose Eingriffe in ihre privaten Rechte in Kauf nehmen müssen.

Aus diesem Grund überlassen es die Prozessgesetze dem Richter, dem Einzelfall Rechnung tragende Massnahmen zu treffen. Das prozessuale Instrument hiezu, die sogenannte *einstweilige Verfügung* oder *vorsorgliche Massnahme*, ist allen Prozessgesetzen bekannt³¹. Mit Hilfe dieser Institution können behauptete Rechte, deren Inhalt³² oder gefährdete Beweise³³ sichergestellt oder unzulängliche Verhältnisse provisorisch geregelt³⁴ werden. Die einstweilige Verfügung ist

29 S. Leuch N. 7 Art. 162.

30 Vgl. z.B. für Zürich Sträuli/Messmer N. 16 zu § 107.

31 Bund 79; Zürich 110; Bern 326; Luzern 351; Uri 227; Schwyz 99; Obwalden 246; Nidwalden 194; Glarus 96 f.; Zug 129; Freiburg 367; Solothurn 255; Basel Land 240; Basel Stadt 259; Schaffhausen 297 f.; Appenzell Ausserrhoden 249 Ziff. 2; Appenzell Innerrhoden 247 (Ziff. 2 + 3); St. Gallen 377; Graubünden 67; Aargau 245; Thurgau 196 f.; Tessin 376; Waadt 101; Wallis 345; Neuenburg 95; Genf 12.

32 Z.B. durch Erlass eines Verfügungsverbotes über die streitbefangene Sache, es sei denn, die Sicherungsmassnahme sei in bestimmten Fällen schon vom SchKG oder vom Zivilrecht geregelt. In solchen Fällen haben die eigens hiefür vorgesehenen Normen den Vorrang (z.B. Arrest nach Art. 271 ff. SchKG, vgl. BGE 86 II 291; Hinterlegung nach Art. 168 OR). Vgl. z.B. Freiburg 367 Abs. 2.

33 Z.B. durch Anordnung einer vorzeitigen Beweisabnahme. Vgl. dazu ausführlich Schläfli S. 27 ff..

34 Z.B. für Prozesse betreffend Ehestreitigkeiten (insbesondere vorsorgliche Massnahmen in Ehescheidungsprozessen nach Art. 145 ZGB).

ein prozessuales Notinstitut und als solch ausserordentliches Mittel an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Generell bedarf es eines dringlichen Rechtsschutzbedürfnisses, wobei die Spezialfälle von den Prozessgesetzen mehrheitlich aufgezählt werden³⁵. Unter anderem setzen die Kantone einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und mehrheitlich die Gefährdung des status quo voraus³⁶. Das sind aber dieselben Kriterien, die auch dem Veränderungsverbot zugrunde liegen. Andererseits ist das Veränderungsverbot mit keiner direkten Sanktion ausgestattet. Diese erfolgt vielmehr über das Institut der einstweiligen Verfügung. Der Richter muss zuerst tätig werden; erst nach der Prüfung der erforderlichen Voraussetzungen kann er Gebote bzw. Verbote erlassen. Dies kann er nun allerdings unter Androhung gewisser Sanktionsmittel, wie z.B. Ordnungsbusse oder Ueberweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB). Neben den vom Zivilrecht vorgesehenen Möglichkeiten zur Sicherstellung (durch Bürgschaft oder Pfandrecht, vgl. Art. 598 Abs. 2 und 604 Abs. 3 ZGB) oder die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung bzw. einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch (gemäss Art. 960 Ziff. 1, 961 Ziff. 1, 966 ZGB) etc. kann auch die Anordnung einer gerichtlichen Hinterlegung oder einer Grundbuchsperre im Einzelfall zweckmässig sein³⁷. Es ist deshalb verständlich, dass verschiedene Prozessgesetze das Veränderungsverbot im Zusammenhang mit der zweckmässigen einstweiligen Verfügung bzw. vorsorglichen Massnahme erwähnen und zur Vermeidung von Wiederholungen auf eine eigentliche Normierung in Verbindung mit den übrigen Wirkungen der R. verzichten. Es ist verständlich, aber kasuistisch und deshalb gesetzgeberisch nicht anzustreben.

35 Anders z.B. Uri § 227, der den Erlass einstweiliger Verfügungen weitgehend ins Ermessen des Richters stellt; ebenso Genf 12.

36 Guldener S. 578; vgl. auch Sträuli/Messmer N. 6, 8 und 15 zu § 110; zum Institut der einstweiligen Verfügung siehe Guldener § 66 und dort S. 574 angegebene Literatur.

37 Sträuli/Messmer N. 16 zu § 110. Zu den Massnahmen im allgemeinen vgl. Sträuli/Messmer N. 15 ff. zu § 110. Zu den bundesrechtlichen Massnahmen ausserhalb der R. s. Leuch N. 3 zu Art. 326. Entgegen Sträuli/Messmer wird die Grundbuchsperre von Leuch (N. 4 zu Art. 326) für unzulässig erklärt.

4. Beginn und Dauer

Das vom Prozessrecht statuierte Veränderungsverbot bzw. Erhaltungsgebot ist rein prozessualer Natur. Wie erwähnt vermögen prozessrechtliche Vorschriften nicht von sich aus ins Zivilrecht einzugreifen; sie dürfen in ihrer Tragweite den funktionellen Rahmen des Prozessrechtes nicht sprengen. Dieser bestimmt sich zeitlich durch die Prozessdauer im Einzelfall, genauer gesagt wird durch eine, vom Prozessrecht als rechtserheblich bestimmte Zeitspanne - nämlich die Dauer der R. - der Rahmen gesetzt, innerhalb welchem die Prozessgesetze u.a. dem Veränderungsverbot oder Erhaltungsgebot Geltung verschaffen können. So halten denn viele Prozessgesetze ausdrücklich fest, dass das Veränderungsverbot bzw. Erhaltungsgebot des Streitgegenstandes eine Wirkung der R. sei³⁸.

Nun lassen sich allerdings Veränderungen auch vor Eintritt der R. denken. Unter Umständen könnte es stossend sein, wenn solch mutwillige Veränderungen nicht verhindert werden könnten oder keine Konsequenzen zeitigen würden. Das Prozessrecht behilft sich auch in solchen Fällen mit der mit dem Veränderungsverbot bzw. Erhaltungsgebot verbundenen Institution der einstweiligen (vorsorglichen) Verfügung. Der Richter hat vor Erlass der einstweiligen Verfügung nicht nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen - d.h. eine besondere Notsituation³⁹ - hiezu gegeben sind; er muss auch eine Verbindung zur "künftigen" R. des Prozesses schaffen. Damit diese Bindung (zwischen vorausgehender einstweiliger Verfügung und der R.) zustande kommt, setzt er der Partei, welche um Erlass der Verfügung nachsucht, eine (angemessene) Frist zur Anhebung der Klage⁴⁰. Nach ungenutztem Ablauf der Frist fällt die durch Verfügung getroffene Massnahme dahin oder wird durch den Richter aufgehoben⁴¹.

Um allfälligen Missbräuchen zu wehren, wird der Erlass einstweiliger Verfü-

38 Vgl. oben Ziff. 2.

39 Vgl. z.B. Waadt 101: "... même avant l'ouverture d'action, ... en cas d'urgence..."

40 Z.B. Bund 82 Abs. 1; Zürich 228; Bern 330; Wallis 351. S. BGE 88 I 16 und Sträuli/Messmer N. 1 zu § 228.

41 Sträuli/Messmer N. 5 und 6 zu § 228.

gungen ganz allgemein von Sicherheitsleistungen des Gesuchstellers abhängig gemacht, sofern der Gesuchsgegner durch die Verfügung zu Schaden kommen könnte⁴².

III. Zusammenfassung

- a) Das Verbot, den Streitgegenstand zu verändern, oder umgekehrt das Gebot, den bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten, besteht unter der Voraussetzung, dass ein Zuwiderhandeln die Gefahr nicht oder nur schwer wieder gutzumachender Nachteile schafft. Diese Gefahr muss unmittelbar drohen.
- b) Das unter den Wirkungen der R. aufgeführte Veränderungsverbot bzw. Erhaltungsgebot kennt für den Fall der Nichtbeachtung keine direkte Sanktion. Der Richter erlässt erst auf Gesuch der vom Nachteil bedrohten Partei - so die Voraussetzungen hiezu gegeben sind - eine einstweilige Verfügung, welche die dem Einzelfall Rechnung tragenden Anordnungen (gegebenenfalls eben ein Veränderungsverbot bzw. Erhaltungsgebot) sowie die Androhung von Sanktionen für den Fall der Nichtbeachtung enthält.
- c) Das Veränderungsverbot bzw. Erhaltungsgebot ist insofern als Wirkung der R. zu bezeichnen, als der zeitliche Geltungsbereich der Möglichkeit zum Nachsuchen um Erlass einer entsprechenden Verfügung mit dem Eintritt der R. beginnt und längstens bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses dauert. Die mit der Verfügung geschützte Partei vermag sich spätestens ab Beginn der Rechtskraft des Urteils mittels Zwangsvollstreckung selbst zu schützen⁴³.

Der zeitliche Geltungsbereich des Verbots oder Gebots kann eine Ausdehnung gegenüber demjenigen der R. erfahren, indem einstweilige Verfügungen auf entsprechendes Gesuch hin schon vor Eintritt der R. erlassen werden können. Die Relation zur R. bleibt jedoch gewährt, wird doch dem Gesuchsteller in der "vorzeitig" erwirkten Verfügung eine angemessene Klagefrist angesetzt. Wird die Frist nicht eingehalten, so fallen die in der Verfügung angeordneten Massnahmen ohne weiteres dahin.

42 Z.B. Bund 82 Abs. 2; Waadt 107; Wallis 348.

43 Guldener S. 390.

§ 11 DIE BINDUNG DER PARTEIEN AN DEN PROZESS

I. Begriff und Bedeutung der Prozessgebundenheit

1. Begriff

Die Prozessgebundenheit ist ein zivilprozessrechtliches Institut, welches dem schweizerischen Prozessrecht wohl bekannt ist, in den einzelnen Prozessgesetzen jedoch keine explizite Erwähnung findet. Das Fehlen einer diesbezüglichen Gesetzesbestimmung erklärt sich daraus, dass sich die Gesetze auf die Normierung der Folgen beschränken, welche die Befreiung aus der Prozessgebundenheit zeitigen.

Unter Prozessgebundenheit ist die Bindung der Prozessparteien an den Prozess zu verstehen, von der sich die einzelne Partei nur unter bestimmten, nachteiligen Folgen lösen kann¹. Die Bindung wird also negativ umschrieben durch die Folgen, welche diejenige Partei trifft, die sich nicht mehr weiter durchfechten will oder aber in der Prozessführung säumig wird. - An den Prozess gebunden wird sowohl der Kläger² wie auch der Beklagte.

2. Bedeutung

Die Bedeutung der Prozessgebundenheit ist verfahrensrechtlich fundamental: Es soll der vom Kläger einmal eingeleitete Prozess auf möglichst direktem Wege durch richterliche Entscheidung erledigt werden können. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen sich die Parteien in ihren Rollen als Kläger und Beklagter den Regeln des Verfahrensrechts fügen. Sie sind gehalten, Schritt für Schritt den Prozess weiterzuführen und mutwillige Verzögerungen zu unterlassen. Solche Verzögerungen kann eine Partei z.B. durch Versäumung von Fristen oder durch Fernbleiben von Tagfahrten erwirken. Die Prozessordnungen suchen deshalb regelmässig, solche Trölereien durch nachteilige Sanktionsmittel zu unterbinden und damit den ökonomischen Verfahrensablauf besser zu gewährleisten.

1 Vgl. auch die Definition bei Helg S. 31.

2 S. dazu im einzelnen Th. Ulrich: Die Gebundenheit des Klägers an den angehobenen Prozess im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1945.

Aber auch die prozessrechtlichen Massnahmen, mit welchen der Gesetzgeber dem Grundsatz des "ne bis in idem" nachgekommen ist, bedeuten für die Parteien eine Bindung an den Prozess. Mit der Einrede der R. - auf welche in § 12 näher eingegangen wird - lässt sich verhindern, dass eine Partei, welche beispielsweise den bisherigen Verlauf eines rechtshängigen Prozessverfahrens für unvorteilhaft erachtet, den gleichen Rechtsstreit vor ein anderes Gericht tragen kann. - Auch die Ausstattung gerichtlicher Entscheide mit materieller Rechtskraft bindet die Parteien an den Prozess. Allerdings bezieht sich diese Bindeung hier nicht mehr auf das eigentliche, hängige Prozessverfahren, sondern auf das Prozessergebnis. Der einmal rechtskräftig entschiedene Rechtsstreit kann nicht zum Gegenstand eines neuen Prozesses gemacht werden. Das gilt für den Kläger auch bezüglich einer von ihm vorbehaltlos zurückgezogenen Klage wie auch für den Beklagten bezüglich eines von ihm anerkannten Anspruches.

Die Prozessgebundenheit wahrt demnach vorwiegend die Interessen des Staates, aber auch die Interessen der Partei im Sinne eines Schutzes vor trölerhaftem, willkürlichem und wiederholtem Prozessieren durch die Gegenpartei. Sie verlangt also ein bestimmtes **V e r h a l t e n** von den Parteien: die **B e t e i l i g u n g** am Prozess, die **F o r t f ü h r u n g** des Prozesses sowie gegebenenfalls das **E r s c h e i n e n** bei Tagfahrten. Dieses Parteiverhalten ist aber nicht zwingend. Vielmehr stellt die Prozessgebundenheit die Parteien vor die **A l t e r n a t i v e**, bei der Führung des Prozesses sich entweder solchermassen zu verhalten oder aber die Konsequenzen zu tragen, die das Gesetz für eine Befreiung aus der Gebundenheit vorsieht. Die Prozessgebundenheit kann mithin auch umschrieben werden als eine die Parteien treffende Last zur Teilnahme am und Fortführung des Prozesses sowie zur Erfüllung der ihnen hiezu obliegenden prozessualen Aufgaben, wobei abweichendes Verhalten bestimmte gesetzliche Folgen nach sich zieht³.

3 Eine Unterscheidung in mittelbar und unmittelbar normierte Prozessgebundenheit drängt sich hier nicht auf. Dazu Ulrich S. 6 f. und S. 15 f..

II. Prozessgebundenheit und Rechtshängigkeit

Die Intensität der Bindung bestimmt sich nach den Möglichkeiten, welche den Parteien zustehen, um sich von der Gebundenheit zu lösen, sowie nach der Art der Folgen, die eine solche Loslösung mit sich bringt. Diese Folgen können je nach Verfahrensstadium verschieden sein. Dazu werden sie von den einzelnen Prozessgesetzen auch noch verschieden festgesetzt. Soll die Prozessgebundenheit mit der R. in Zusammenhang stehen, so müsste die Bindung während der Dauer der R. entweder ausschliesslich oder aber intensiver bestehen. Mit anderen Worten hätte die sich während der R. von der Gebundenheit loslösende Partei Folgen von grösserer Tragweite zu tragen als wenn sie dies ausserhalb der R. tun würde. Das trifft nun zweifelsohne n a c h der rechtskräftigen Erledigung des Prozesses zu, ab welchem Moment die R. nicht mehr besteht und von Prozessgebundenheit bzw. Loslösung von ihr gar nicht mehr gesprochen werden kann.

Auch v o r der R. besteht keine Prozessgebundenheit, sofern der Richter ohne vorgängigen Sühnversuch angerufen werden kann. Daraus zeigt sich schon deutlich, wie eng die Prozessgebundenheit an den Zustand der R. geknüpft ist.

Zu prüfen bleibt somit nur, wie es sich mit der Prozessgebundenheit vor Beginn der R. verhält, wenn dem Verfahren vor Gericht ein Sühnverfahren vorausgeht. Dabei stellt sich die Frage nach den Auswirkungen bei säumigem Verhalten einer Partei sowie bei vorzeitigem Prozessabschluss zufolge Parteidisposition.

1. Prozessgebundenheit aufgrund drohender Säumnisfolgen

a) während des Verfahrens vor der Sühninstanz

Säumnisfolgen können sowohl den Kläger wie auch den Beklagten treffen. Die Folgen sind aber für den Kläger und den Beklagten - insbesondere bei Säumnis während des Sühnverfahrens - nicht die selben. Verschiedene Gesetze legen fest, dass eine zweite Vermittlungstagfahrt anzusetzen ist, wenn eine Partei der ersten Vorladung zur Sühnverhandlung nicht Folge geleistet hat; die Säumnisfolge tritt dann erst ein, wenn die

Partei auch der zweiten Tagfahrt ferngeblieben ist⁴.

Für den Kläger bedeutet das einmalige bzw. zweimalige Fernbleiben von der Sühnverhandlung trotz peremptorischer Vorladung, dass seine Klage als einstweilen zurückgezogen abgeschrieben wird⁵. Auf diese Weise wirkt der Kläger seinen materiellen Anspruch nicht. Hingegen hat er die angelaufenen Verfahrenskosten zu tragen und die Gegenpartei gebührend zu entschädigen. Nach einzelnen Gesetzen wird der säumige Kläger zudem noch in eine Ordnungsbusse verfällt. Aus diesen den säumigen Kläger treffenden Folgen lässt sich erkennen, dass er schon während des Sühnverfahrens in gewisser Weise an den Prozess gebunden ist. Die Bindung kann jedoch insofern als relativ schwach bezeichnet werden, als die Säumnisfolgen den materiellen Anspruch des Klägers nicht direkt beeinträchtigen. Eine Besonderheit zeigt sich aber im Kanton Thurgau, da der Beklagte nach § 154 ZPO verlangen kann, dass die Klage des peremptorisch vorgeladenen und nicht erschienenen Klägers "als vollständig erledigt" abgeschrieben werde. Der Kläger verliert mit anderen Worten seinen materiellen Anspruch⁶.

Auch für den Beklagten ist während des Sühnverfahrens die Prozessgebundenheit nicht intensiv. Ein- bzw. zweimaliges Ausbleiben von der Tagfahrt trotz peremptorischer Vorladung hat zur Folge, dass der Sühnversuch als gescheitert betrachtet und dem Kläger die Weisung ausgestellt wird⁷.

4 Z.B. Uri 123; Glarus 71; Appenzell Ausserrhoden 103; Appenzell Innerrhoden 129; St. Gallen 200; Graubünden 89. Bei genügend entschuldigtem Ausbleiben: Zürich 99; Schwyz 88; Nidwalden 106; Zug 75; Schaffhausen 158. Vgl. auch Obwalden 111 Abs. 2.

5 Dieselbe Säumnisfolge trifft den Kläger auch, wenn beide Parteien säumig sind.

6 Böckli N. 3 zu § 154, N. 3c zu § 140; Helg S. 36 f..

7 Zürich 99 Abs. 2; Uri 123 Abs. 2; Schwyz 88 Abs. 2; Nidwalden 106; Obwalden 111 Abs. 2; Glarus 71 Abs. 2; Zug 75; Freiburg 153; Solothurn 123; Basel Land 93; Schaffhausen 158 Abs. 2; Appenzell Ausserrhoden 103 Abs. 3; Appenzell Innerrhoden 129 Abs. 3; St. Gallen 200 Abs. 5; Graubünden 89 Abs. 3; Aargau § 36 des Gesetzes über Aufstellung und Verfahren der Friedensrichter vom 5. November 1901 (Aargauische Gesetzessammlung, AGS Bd. 1 S. 461); Thurgau 151; Waadt 134; Wallis 134; Genf 63.

Die Verfallung in die gesetzliche oder angedrohte Ordnungsbusse, die Kostentragung für die fruchtlose Tagfahrt und eine allfällige Entschädigungsleistung an den Kläger sind die von den Prozessgesetzen vorgesehenen Mittel, um den Beklagten von einem solchen Verhalten abzuhalten⁸; insoweit ist also auch der Beklagte während des Sühnverfahrens in gewisser Weise an den Prozess gebunden. Verschiedentlich wird die Säumnisweisung nicht ausgestellt, wenn beide Parteien säumig sind oder wenn die nichtsäumige Partei eine solche nicht ausdrücklich verlangt.

b) während des Verfahrens vor dem ordentlichen Richter

Die Prozessgesetze sehen vor, dass Säumnis während des Verfahrens vor dem ordentlichen Richter mit schwerwiegenden Folgen verbunden ist.

Leistet eine Partei einer ersten bzw. zweiten gerichtlichen Vorladung mit peremptorischer Androhung ohne genügende Entschuldigung nicht Folge, so wird androhungsgemäss ein Säumnisverfahren eingeleitet. Zweck dieses Verfahrens ist die Ausfällung eines Säumnis- oder Kontumazurteils, welches nach dem einseitigen Vortrag des Nichtsäumigen ergeht und welches das von der säumigen Partei bisher Vorgebrachte nur insoweit berücksichtigt, als es von der Gegenpartei nicht bestritten wird oder anhand der Akten eindeutig belegt werden kann. Auf diese Weise wird im Endeffekt das säumige Verhalten des Klägers als Rückzug, die Säumnis des Beklagten als Anerkennung des (noch) streitigen Anspruches gewertet⁹.

Vereinzelte wird festgelegt, dass das Verfahren einfach ohne die versäumte Prozesshandlung seinen Fortgang nehme¹⁰. Aber auch hier wird bei der Urteilsfällung auf das von der säumigen Partei bisher Vorgebrachte, Bewiesene und nicht Bestrittene abgestellt; das von der Gegenpartei auch einseitig Vorgetragene wird bei fehlender Bestreitung als anerkannt ta-

⁸ Vgl. z.B. Uri 123 Abs. 2 und Obwalden 111 ABs. 3.

⁹ Vgl. Zürich 129 ff.; Luzern 286 f.; Uri 214 f.; Schwyz 111 ff.; Obwalden 197; Nidwalden 61, 212; Glarus 128; Zug 96 Abs. 3; Freiburg 277; Solothurn 88 Abs. 3, 210; Basel Land 98 f.; Schaffhausen 171 Abs. 3; Appenzell Ausserrhoden 244; Appenzell Innerrhoden 230; St. Gallen 367; Graubünden 140, 142; Aargau 85; Thurgau 83; Waadt 306 f.; Wallis 114 ff.; Neuenburg 349 ff.; Genf 137 ff., 157 ff..

¹⁰ Bund 12; Bern 283.

xiert, und ein Beweis muss nur da erbracht werden, wo Zweifel an der Richtigkeit bestehen.

Nach Anrufung des Richters durch den Kläger sind die Parteien erheblich stärker an den Prozess gebunden als während des Sühnverfahrens, da im ersteren Fall der einer säumigen Partei drohende Nachteil in einem für sie nachteiligen, der Rechtskraft fähigen Urteil in der Sache selbst besteht. Allerdings kann die Fiktion, dass die unbestrittenen Vorbringen einer Partei wegen Säumnis der Gegenpartei als erwiesen zu betrachten sind und für die Fällung des Säumnisurteils Massgeblichkeit erheischen, nur dort gelten, wo das Verfahren der Verhandlungsmaxime unterstellt ist.

2. Prozessgebundenheit aufgrund vorzeitiger Prozesserledigung durch Parteidisposition

Bringt ein Kläger einen Rechtsstreit vor Gericht, so hat er grundsätzlich Anspruch auf eine richterliche Entscheidung: negativ ausgedrückt besteht ein Rechtsverweigerungsverbot seitens der richterlichen Behörden. Desgleichen sind auch die Parteien an den Prozess gebunden: Die Möglichkeit des Rückzuges der Klage steht dem Kläger im allgemeinen nur unter Preisgabe seines Anspruches offen, und der Beklagte kann nur unter Anerkennung des gegnerischen Anspruchs selbständig vom Prozess Abstand nehmen^{11/12}.

Die Parteien sind stets - sei es allein, sei es gemeinsam - in der Lage, das Prozessverfahren vorzeitig abzubrechen, sofern sie die Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand haben (Dispositionsmaxime). Je tiefgreifender die Folgen für eine auf vorzeitigen Prozessabschluss tendierende Partei sind, desto weniger wird sie diesen Weg beschreiten - oder anders ausgedrückt, desto stärker ist sie an den Prozess gebunden.

a) Klageanerkennung

Klageanerkennung während der R. durch den Beklagten bewirkt, dass der Kläger als eindeutig obsiegende Partei aus dem Prozess hervorgeht. Ein solches, einer Kapitulation gleichkommendes Eingeständnis wird der Be-

11 Burckhardt, Einführung S. 132.

12 Die Prozessgebundenheit, welche sich aus dem materiellen Anspruchsverlust als Alternative zur Weiterführung des Prozesses herleitet, kannten schon die Römer: Durch die *litis contestatio* wurde der Anspruch konsumiert.

klagte z.B. dann vornehmen, wenn er überhaupt keine Prozesschancen mehr sieht. Ob der Prozess entsprechend der verschiedenen Prozessordnungen durch die Klageanerkennung ipso iure oder ob er aufgrund dieser Erklärung durch ein der Rechtskraft fähiges Urteil beendet wird, bleibe dahingestellt; vollstreckbar wird der anerkannte Anspruch ohnehin¹³. Nun kommt aber der Klageanerkennung während des Sühnverfahrens im allgemeinen die gleiche Wirkung zu¹⁴. Demnach wirkt sich die Anerkennung sowohl vor dem Sühnbeamten wie vor dem Richter für den Beklagten in gleichem Masse nachteilig aus, abgesehen von der Tragung der höheren Kosten- und Entschädigungsfolgen im letzteren Falle. Deshalb lässt sich aus den Folgen einer Klageanerkennung eine Bindung an den Prozess als Wirkung der R. nur herleiten, wenn die R. zu Beginn des Sühnverfahrens eintritt oder aber dem Prozessverfahren kein Sühnversuch vorauszugehen hat.

b) Gerichtlicher Vergleich

Auch durch den Abschluss eines gerichtlichen Vergleiches wird der Prozess vorzeitig beendet. Dies wirkt sich so aus, dass der Kläger auf einen Teil des eingeklagten Anspruchs verzichtet und der Beklagte den anderen Teil anerkennt. Ist eine Partei nicht bereit, einen solchen "Nachteil" zu tragen, so bleibt ihr keine weitere Alternative, als den Prozess ordnungsgemäss weiterzuführen. Somit lässt sich aus der Alternative zur Weiterführung des Prozesses, nämlich dem Abschluss eines gerichtlichen Vergleiches unter Inkaufnahme von Nachteilen, eine Prozessgebundenheit beider Parteien ableiten. Aber wie bei der Klageanerkennung treffen die nachteiligen Folgen eines Vergleiches die Parteien in gleichem Masse, gleichgültig ob es vor Gericht oder vor Sühninstanz zum Vergleichsabschluss kommt: Ein solcher Vergleich wird vollstreckungs-

13 S. oben § 5 II A 1.

14 Zürich 191 Abs. 2; Bern 152, 397 Abs. 3; Schwyz 164 Abs. 2; Obwalden 114; Nidwalden 109; Zug 224 Abs. 2; Schaffhausen 153 und 250; Appenzell Ausserrhoden 109, 295; Appenzell Innerrhoden 134; St. Gallen 206; Graubünden 83 Abs. 2; Thurgau 321 Abs. 2.
Vgl. auch Aargau § 50 f. des Gesetzes über Aufstellung und Verfahren der Friedensrichter vom 5. November 1901 (AGS Bd. 1 S. 465).

fähig¹⁵. Deshalb geben die Folgen des gerichtlichen Vergleichs keinen Grund zur Annahme, dass nach Eintritt der R. die Parteien stärker an den Prozess gebunden wären. Prozessgebundenheit als Wirkung der R. aus den Folgen eines gerichtlichen Vergleiches abzuleiten, gelingt nur nach denjenigen Prozessordnungen, nach welchen das Sühnverfahren von der R. mit erfasst wird¹⁶ oder nach welchen es ein solches gar nicht gibt.

c) Klagerückzug

Anders verhält es sich beim Klagerückzug. Die Folgen, welche der Kläger bei Rückzug der Klage im Verfahren einerseits vor der Sühninstanz und andererseits vor dem Richter zu tragen hat, sind unterschiedlich. Im schweizerischen Prozessrecht zeigt sich keine einheitliche Regelung bezüglich dieser Folgen¹⁷.

Nach verschiedenen Gesetzen bedeutet der Klagerückzug während des Sühnverfahrens nicht, dass der Kläger seinen materiellen Anspruch verliert. Meist geht dies nicht explizit aus den Gesetzestexten hervor, sondern e contrario aus den Bestimmungen, nach welchen nur der gerichtliche Vergleich und die Klageanerkennung vollstreckbar sind¹⁸. Der Wiedereinbringung der Klage steht nichts entgegen, doch muss der Kläger solchenfalls erneut ein vorgängiges Sühnverfahren anstreben.

15 Vgl. Bund 73 Abs. 4; Zürich 188, 191 Abs. 2; Bern 397 Abs. 3, 152; Luzern 326, 87 Abs. 3; Uri 293 lit. a, 122; Schwyz 161, 164 Abs. 2; Obwalden 114; Nidwalden 109, 80; Glarus 81; Zug 224; Freiburg 288 Abs. 3, 149 Abs. 3; Solothurn 121, 215 f.; Basel Stadt 257; Basel Land 91; Schaffhausen 153 Abs. 1, 250; Appenzell Ausserrhoden 109, 191, 295; Appenzell Innerrhoden 134, 210 Abs. 4; St. Gallen 206, 458; Graubünden 83 Abs. 2, 129 Abs. 2, 282; Aargau 374 lit. e, § 45 des Gesetzes über Aufstellung und Verfahren der Friedensrichter vom 5. November 1901 (AGS Bd. 1 S. 463); Thurgau 321; Tessin 352; Waadt 158, 501 f.; Wallis 131 Abs. 5, 373 Ziff. 5; Genf 55.

Zum gerichtlichen Vergleich und dessen Vollstreckbarkeit siehe im einzelnen Guldener S. 394 bei N. 6, S. 396 ff. sowie die Ausführungen in BGE 60 II 56.

16 Vgl. z.B. für den Kanton Bern: Leuch N. 5 zu Art. 397: "Als Prozesshandlung setzt er (der gerichtliche Vergleich) eine rechtshängige Klage voraus,".

17 Dazu im einzelnen Ulrich S. 71 f..

18 Zürich 191 Abs. 2; Bern 152; Luzern 87 Abs. 3; Uri 293 lit. a; Schwyz 164 Abs. 2; Obwalden 114; Nidwalden 109; Zug 224; Graubünden 83 Abs. 2; Thurgau 321. Vgl. auch Lutz N. 4 zu Art. 199.

Dagegen kann die nach Eintritt der R. zurückgezogene Klage im allgemeinen nicht mehr neu erhoben werden. Das lässt sich daraus erkennen, dass einige Prozessgesetze den Klagerückzug bzw. den aufgrund der Rückzugserklärung zu fällenden Entscheid in materielle Rechtskraft erwachsen lassen oder doch einem rechtskräftigen Urteil gleichstellen¹⁹. Vereinzelt wird sogar unter dem Marginale "Wirkungen der R." ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei bestehender R. der Klagerückzug endgültigen Verzicht auf das geltend gemachte Recht bedeutet²⁰.

Nach diesen Bestimmungen ist somit ab Einleitung der Klage beim erkennenden Richter ein Klagerückzug nur unter Preisgabe des materiellen Anspruchs möglich. Da von diesem Zeitpunkt an nach den meisten schweizerischen Prozessordnungen auch die R. beginnt und der Abstand als Alternative zur Weiterführung des Prozesses für den Kläger so tiefgreifende Konsequenzen zeitigt, kann die daraus resultierende intensive Gebundenheit des Klägers an den Prozess als Wirkung der R. bezeichnet werden²¹.

Wenige Kantone legen fest, dass bis zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich bis zur Beantwortung der Klage durch den Beklagten, der freie Klagerückzug möglich ist²². Die Prozessgebundenheit des Klägers im obgenannten

19 Zürich 191 Abs. 2; Bern 397 Abs. 3; Luzern 326, Max. XI 128; Schwyz 164 Abs. 2; Nidwalden 80; Zug 224; Aargau 374 lit. d, Keller/Pfisterer N. 6 zu § 374; Thurgau 321.

Einzelne Gesetze bestimmen allerdings, dass der freie Klagerückzug solange noch möglich sein soll, bis der Beklagte von der Klage in Kenntnis gesetzt wird (vgl. Bund 27; Bern 162).

20 Obwalden 54 lit. d, 134; Schaffhausen 161 Ziff. 3; Wallis 87 Ziff. 3. Nicht selten werden bestimmte Vorbehalte angebracht, z.B. dass ein Rückzug wegen fehlerhafter Klageeinleitung zum Zwecke der Verbesserung und sofortigen Wiedereinbringung zulässig sei (s. oben § 5 II A 2); vereinzelt wird der Rückzug der Klage zwecks Wiedereinbringung von der Zustimmung des Beklagten abhängig gemacht, z.B. Tessin 77, 353; vgl. auch Freiburg 127 und Solothurn 145; für den Kanton Aargau vgl. Keller/Pfisterer N. 6 zu § 374.

21 Vgl. Guldener S. 230 Ziff. 5 und S. 238.

22 Freiburg 127, 287; Solothurn 145, 215 f.; Waadt 121 f.; in diesem Sinne ist wohl auch Uri 136 in Verbindung mit 134 zu verstehen.

Sinne tritt wohl während der R. ein, aber erst auf den Zeitpunkt hin, da der Beklagte zur Klagebegründung Stellung nimmt. Trotz R. ist der freie Klagerückzug im Falle einer Leistungsklage ohnehin solange möglich, als der Kläger noch keine die Klage genügend individualisierende Tatsachen vorgebracht hat: Denn der Wiedereinbringung der Klage steht die Einrede der abgeteilten Sache mangels Feststellbarkeit der Identität nicht entgegen²³.

Keine Ausnahmen macht der Kanton Thurgau, der dem Klagerückzug wohl schon ab Ende des erfolglosen Sühnversuches endgültigen Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch beimisst, aber auch die R. in diesem Zeitpunkt eintreten lässt²⁴. Helg²⁵ kritisiert diese Regelung und zieht die st. gallische Lösung vor, wonach der Klageverzicht stets - auch während des Sühnverfahrens - "einem rechtskräftigen Urteil gleichzuhalten" ist²⁶. In St. Gallen ist aber neben dem ausdrücklichen Klageverzicht auch der freie Klagerückzug während des Sühnverfahrens zulässig. Meines Erachtens wird aber durch die ausschliessliche Möglichkeit des Klageverzichts das Sühnverfahren zu stark mit dem Verfahren vor dem erkennenden Gericht verbunden bzw. der Kläger zu früh an die Weiterführung des Prozesses gebunden. Liegt der Sinn des Sühnverfahrens im Versuch, den Rechtsstreit gütlich beizulegen, so soll dem Kläger auch der freie Rückzug nicht verwehrt sein, wenn er anhand der Vorbringen des Beklagten oder aus anderen Gründen²⁷ zum Schluss kommt, dass die Durchfechtung seines Anspruches auf gerichtlichem Wege nicht oder zur Zeit nicht angebracht ist. Der Beklagte kann sich stets noch - so er ein Interesse an der Abklärung der Rechtsla-

23 BGE 88 I 159.

Unpräzise ist der Satz, dass der Grundsatz "ne bis in idem" in diesem Falle versage (ZSR 1955 S. 428 a N. 17); die fehlenden Individualisierungsmerkmale der zurückgezogenen Klage verunmöglichen ja die Feststellung der Identität, des "idem" bezüglich der zweiten Klage. Somit lässt sich auch nicht sagen, dass schon eine Klage in idem pendent oder rechtskräftig erledigt worden ist.

24 Thurgau 321, 154 und Helg S. 38; auch Basel Land 85.

25 Helg S. 38 f..

26 St. Gallen 206; ebenso Appenzell Ausserrhoden 109, 192, 295; Appenzell Innerrhoden 134, 210.

27 Z.B. wegen der Zahlungsunfähigkeit des Beklagten.

ge hat - auf dem Wege der negativen Feststellungsklage selbständig Gewissheit verschaffen.

Von der Klage loslösen kann sich der Kläger nach den Prozessordnungen der Kantone Waadt und Neuenburg durch Reformerkklärung²⁸. In diesem Fall hat der Kläger aber einerseits die neue Klage (le demandeur se réformé de sa demande) innert Frist wieder einzubringen, ansonsten die R. erlischt; insbesondere wird die Reform von der Zustimmung der Gegenpartei bzw. des Richters abhängig gemacht²⁹. Wird sie ihm verweigert, so kann er sich nur unter Preisgabe seines Anspruches vom Prozess befreien, und insofern ist auch hier der Kläger ab Eintritt der R. an seinen Prozess gebunden³⁰.

Keine Prozessgebundenheit des Klägers in diesem Sinne kennt der Kanton Graubünden: Nach Art. 129 ZPO ist - gemäss Abs. 1 zumindest bis zum Ende der Hauptverhandlung - der freie Klagerückzug möglich, da nach Abs. 2 nur der Klageanerkennung und dem Vergleich Rechtskraftwirkung zukommt³¹. Nach Lutz kann auch im Kanton St. Gallen die Klage jederzeit zurückgezogen und später wieder neu angebracht werden³².

Wie die Reform, so vermag auch die "suspension" des Kantons Genf, welche zudem noch der Zustimmung des Beklagten bedarf³³, die Prozessgebundenheit des Klägers nicht zu durchbrechen. Auch der suspendierte Prozess bleibt rechtshängig. Aus eigener Kraft vermag sich der Kläger nur unter Verzicht auf seinen Anspruch (désistement) vom Prozess zu lösen³⁴.

28 Neuenburg 77 ff.; Waadt 153 ff..

29 Vgl. oben § 4 II; Ulrich S. 98 f..

30 Neuenburg 89; Waadt 161. Vgl. Habscheid S. 259.

31 Vgl. im einzelnen Giovanni Schucany, Die freie Klagerücknahme im Zivilprozessrecht des Kantons Graubünden, abgedruckt in der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 23. Jahrgang 1958 S. 231, insbesondere S. 256 ff..

32 Lutz N. 4 lit. c zu Art. 213.

33 Genf 307.

34 Genf 307 ff.; SJ 83 S. 87 ff.; Ulrich S. 94 ff..

3. Folgerung

Gesamtschweizerisch lässt sich generell feststellen, dass die Parteien, insbesondere der Kläger, ab Beginn der R. stärker an den Prozess gebunden sind als vor der R.. Die Gebundenheit dauert bis zum Ende der R.. Es kann somit gesagt werden, dass der Zustand der R. eine zumindest verstärkte Gebundenheit der Parteien an den Prozess bewirkt; die Prozessgebundenheit ist mithin im schweizerischen Zivilprozessrecht grundsätzlich³⁵ unter den Wirkungen der R. einzureihen.

35 G. Schucany, a.a.O. S. 249: "Die Nichtgebundenheit gehört unter den heutigen Kodifikationen zu den Seltenheiten".

3. ABSCHNITT: R E C H T E B E G R U E N D E N D E W I R K U N G E N

§ 12 DIE AUSSCHLUSSMOEGLICHKEIT WEITERER GLEICHGERICHTETER PROZESSE

I. A l l g e m e i n e s

Während der Dauer der R. darf keine der Parteien den gleichen Anspruch bei demselben oder bei einem anderen Gericht erneut anhängig machen. Wird dies dennoch getan, so tritt das Gericht auf die zweite Klage nicht ein. Das setzt natürlich voraus, dass das Gericht von der Hängigkeit des Erstprozesses in Kenntnis gesetzt wird, oder dass - falls die Berücksichtigung von Amtes wegen zu erfolgen hat - die Hängigkeit gerichtsnotorisch ist. In der Regel erfolgt die Berücksichtigung der R. aber auf Parteieinrede hin, da kein Gericht in der Lage ist, über sämtliche in der Schweiz hängige Prozesse im Bilde zu sein, geschweige denn über einen Prozess vor einem ausländischen Richter. Da aber eine Einrede eine Parteihandlung ist, ihre Erhebung somit der Partei anheimgestellt bleibt, fehlt auch hier die Gewähr dafür, dass die R. eines Verfahrens stets berücksichtigt wird. Im folgenden geht es deshalb um die Frage, ob die M ö g l i c h - k e i t, ein zweites gleichgerichtetes Prozessverfahren auszuschliessen, eine Wirkung der R. sei¹. Erfolgt die Berücksichtigung der R. auf Parteiantrag, so ist darunter das R e c h t der Partei auf einredeweise Geltendmachung - hat sie von Amtes wegen zu erfolgen, das R e c h t und die Pflicht des Richters zur Berücksichtigung auch ohne Parteihinweis zu verstehen. In diesem Zusammenhang wird in Literatur und Gesetzen im allgemeinen nur vom Instrument der Ausschlussmöglichkeit, von der Einrede der R. gesprochen^{1a}.

Die Einsicht, dass der nämliche Rechtsstreit nicht mehrmals zur gerichtlichen Austragung gebracht werden darf, fand ihren Ausdruck schon im römischen Recht. Die entsprechenden Normen beruhten auf dem heute noch allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz "bis de eadem re ne sit actio". Im Gegensatz zum heutigen Prozessrecht gab es aber keine exceptio litis pendentis.

1 Vgl. Helg S. 64 bei N. 2 mit Zitaten.

1a Helg S. 64 I.

Vielmehr bewirkte die *litis contestatio*, dass das Klagerecht nach erfolgter Klageerhebung (im Formularprozess) "konsumiert", d.h. verbraucht wurde. Die Berücksichtigung der Konsumption wurde durch die vom Prätor erteilte *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* gewährleistet², welche letztere als Vorgängerin der heutigen Einrede der R. bezeichnet werden kann.

II. Zweck des Ausschlusses

Mit dem Ausschluss gleichgerichteter Prozesse werden verschiedene Zwecke verfolgt.

- a) Einerseits muss die Rechtsprechung - will sie sinnvoll angewendet werden - autoritär sein. Diese Autorität kann aber nur gewährleistet werden, wenn der Tätigkeit der richterlichen Behörden Einmaligkeit eingeräumt wird. Die mehrfache Führung gleichgerichteter Prozessverfahren kann widersprüchliche Urteile zur Folge haben, und eine verbindliche Anwendung des Rechts wäre dadurch verunmöglicht³. Deshalb sehen die Gesetze vor, dass ein zweites gleichgerichtetes Prozessverfahren vor dem Abschluss des Erstprozesses mit der Einrede der R., nach ergangenem rechtskräftigen Urteil mit der Einrede der abgeurteilten Sache verhindert werden kann. Die beiden Einreden unterscheiden sich demnach nicht in ihrer Funktion, sondern durch das Stadium ihrer Anwendbarkeit⁴. Vereinzelt legen die Kantone fest, dass die Unzulässigkeit eines zweiten gleichgerichteten Prozesses von Amtes wegen zu berücksichtigen sei. Dadurch soll dem Interesse des Staates an der Vermeidung sich widersprechender Gerichtsentscheide - oder positiv ausgedrückt an Rechtssicherheit - besser entsprochen werden. Weitaus grössere Bedeutung kommt jedoch der einredeweisen Geltendmachung der R. zu, weil die Berücksichtigung der R. *ex officio* die Kenntnisse der Gerichte schlechthin übersteigt⁵.

2 Gaius, *Institutionum commentarii*, IV 106, 107, 108; Sohm/Mitteis/Wenger § 119 a.E..

3 Vgl. Burckhardt, *Organisation* S. 253 f..

4 Schauwecker S. 19 f..

5 Vgl. Guldener S. 239 Ziff. 2 und S. 386 f.; Helg S. 69 f.. Zur Befürwortung der Berücksichtigung von Amtes wegen s. Domenig S. 63.

Auch wenn die R. zur negativen Prozessvoraussetzung erklärt wird⁶, ist ihre Berücksichtigung doch vorwiegend von den Parteivorbringen abhängig.

- b) Ein weiterer Zweck liegt darin, eine überflüssige Belastung der Gerichtsorgane zu verhindern.
- c) Die Unzulässigkeit eines zweiten gleichgerichteten Prozesses dient auch dem Schutze der Parteien. Denn keiner Partei darf zugemutet werden, sich auf mehrere Prozesse betreffend den gleichen Rechtsstreit einzulassen. Dem Rechtsschutzbedürfnis der Parteien kann und darf nur einmal entsprochen werden.

III. Voraussetzungen des Ausschlusses

Damit es zum Ausschluss eines gleichgerichteten Prozesses kommt, müssen bestimmte Voraussetzungen gegeben sein, welche im folgenden kurz dargelegt werden.

A. Rechtshängigkeit, Priorität und Zuständigkeit

- a) Ein weiterer Prozess muss *n a c h* dem Eintritt der R. des ersten *r e c h t h ä n g i g* gemacht worden sein. Die blosse Tatsache der R. des ersten Prozesses setzt die Grundlage dafür, dass die zweite Klage zurückgewiesen werden kann: es gilt das *P r i o r i t ä t s p r i n z i p*⁷. Gleichgültig ist, wie die R. des Erstprozesses eingetreten ist, ob durch Klage oder Widerklage, durch Adhäsionsklage im Strafprozess, oder ob vor einem ordentlichen Gericht oder einem Schiedsgericht. Im zweiten Prozess ist der Entscheid über den Ausschluss aber vorerst zu sistieren. Ist die erste Klage mit einem Fehler behaftet, so kann unge-

6 Vgl. z.B. Bern 191, 192 und 194 sowie Leuch N. 4 zu Art. 160. Zur R. als negative Prozessvoraussetzung s. im einzelnen Ed. Bötticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, Berlin 1930, S. 239 ff..

7 Ueber die zeitlichen Voraussetzungen im einzelnen s. unten V 2. und 3. lit. b. Helg S. 65; Popper S. 85 f.; Brosset, IV A.; Schauwecker S. 24; Sträuli/Messmer N. 11 zu § 107; Leuch N. 4 zu Art. 160; Walder, Zivilprozess S. 296. A.A. Weber S. 92 mit Hinweis auf Kleinfeller S. 212. Kritisirt wird das Prioritätsprinzip auch von Domenig S. 67, der sich mehr an die französische Lösung anlehnt. Danach soll jenes Gericht den bei ihm anhängigen Prozess zurückweisen, welches schwierigere oder längere Verhandlungen noch vor sich hat (Vgl. SJ 1951 S. 399 f.).

wiss sein, ob das Gericht im ersten Verfahren überhaupt auf sie eintreten wird. Dies gilt insbesondere auch mit Bezug auf die Frage der *Z u s t ä n d i g k e i t*, welche beispielsweise im Kanton Zürich ausdrücklich vorausgesetzt wird, damit die Einrede der R. mit Erfolg erhoben werden kann⁸. Der Richter im Zweitprozess hat deshalb neben der Sistierung^{8a} gegebenenfalls dem Beklagten Frist anzusetzen, den Zuständigkeitsentscheid des ersten Gerichtes beizubringen oder - falls sich im Erstprozess die Zuständigkeitsfrage gar nicht gestellt hat - den Nachweis zu erbringen, dass dieses nach der dortig geltenden Verfahrensordnung zuständig ist^{8b}. Die eigene Zuständigkeit hat er selbst zu prüfen⁹. Ferner kann er die Klage nur zurückweisen, wenn er, falls der Erstprozess vor einem ausländischen Gericht anhängig gemacht worden ist, neben der eigenen Zuständigkeit und der Zuständigkeit im Erstprozess auch noch zusätzlich festgestellt hat, dass das ausländische Urteil in der Schweiz und im eigenen Kanton anerkannt und vollstreckbar wird¹⁰.

B. Identität

- b) Die Parteien müssen identisch sein. Parteiidentität liegt vor, wenn sich in beiden Prozessen dieselben Personen als Parteien gegenüberstehen. Ausnahmsweise können auch Dritte zu den Parteien hinzutreten (z.B. durch Intervention) oder eine solche gar ersetzen (z.B. durch Universalsukzession)¹¹, ohne dass es der Parteiidentität schadet. Die gleiche Verteilung der Parteirollen ist nicht erforderlich: Dem Kläger steht das Recht zur Einrede der R. im zweiten Verfahren zu, wenn der Beklagte diese zweite, identische Klage anhängig macht¹².

8 Zürich 107 Ziff. 2 und Sträuli/Messmer N. 10 zu § 107; vgl. auch Brosset IV C; Weber S. 92 f.; Guldener S. 239.

8a Nur der Entscheid über die Berücksichtigung der R., nicht das Verfahren schlechthin ist zu sistieren, vgl. Sträuli/Messmer N. 14 zu § 107.

8b Erhebt der Beklagte im Zweitprozess die Einrede der R., so u.a. ja deshalb, weil er davon ausgeht, dass das Gericht des Erstprozesses (ansich oder zufolge vorbehaltloser Einlassung) zuständig ist (bzw. zuständig geworden ist).

9 Die Prüfung der eigenen Zuständigkeit bzw. der Unzuständigkeitseinrede geht derjenigen der R. voraus, s. Brosset, IV C sowie Sträuli/Messmer N. 11 zu § 107.

10 Brosset, IV C; Sträuli/Messmer N. 10 zu § 107; Leuch N. 4 zu Art. 160; Schauwecker S. 80 f.; Guldener, IZR S. 175.

11 Dazu oben § 7 II. Vgl. auch Domenig S. 68 ff. sowie Meili S. 386.

c) Beide Klagen müssen identisch sein. Bei Forderungsklagen bedarf es der Identität der Klagegründe, soweit diese zur Klageindividualisierung notwendig sind¹³. Eine Ausschlussmöglichkeit ist grundsätzlich dann nicht gegeben, wenn die beiden Rechtsbegehren verschieden sind. Hievon sind jedoch zwei Fälle auszunehmen, die alternativ oder kumulativ auftreten können:

- Als identisch werden auch Klagen bezeichnet, die sich g e g e n - s e i t i g n e g i e r e n. Eine solche Situation besteht bei Umkehr der Parteirollen, wenn z.B. einer Forderungsklage eine Aberkennungsklage gegenübersteht, oder wenn einer Leistungsklage eine negative Feststellungsklage des Beklagten folgt¹⁴.
- Ausserdem setzt der rechtshängige Erstprozess auch dann einen Ausschlussgrund, wenn das Rechtsbegehren s e i n e m U m f a n g e n a c h w e i t e r und nicht nur gleichweit geht wie dasjenige der zweiten Klage. Ein Ausschluss wird m.a.W. auch möglich, wenn der geltend gemachte Anspruch im Zweitprozess gegenüber demjenigen des Erstprozesses entweder gleich ist oder doch ein minus in maiore darstellt^{14a}. Dem Rechtsschutzinteresse der Parteien wird mit dem Verfahren des Erstprozesses genügend entsprochen.

IV. B e g i n n d e r A u s s c h l u s s m ö g l i c h k e i t

Die meisten Prozessgesetze bringen mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck, dass die Ausschlussmöglichkeit eines zweiten gleichgerichteten Prozesses von der Existenz der R. des Erstprozesses abhängig ist. Oft wird darauf

12 Helg S. 66; Popper S. 86 f.; Weber S. 93; Brosset, IV B 2.; Sträuli/Messmer N. 12 zu § 107 mit Hinweis auf BGE 98 II 158 E. 3.; Kummer S. 96; Descheneaux/Castella S. 124.

13 S. oben § 9 III 3.

14 Bei gegenseitigen Scheidungsklagen handelt es sich aber nicht um identische, sondern nur um konnexe Klagen. Somit liegt gegebenenfalls kein Rechtshängigkeitskonflikt, sondern lediglich ein Gerichtsstandskonflikt vor. Leuch N. 4 zu Art. 160; Kummer, Klagerecht S. 9. Vgl. auch Sträuli/Messmer N. 13 zu § 107.

14a Geht die zweite Klage ihrem Umfange nach weiter als die erste, so kann sie zwar mangels Identität nicht ausgeschlossen werden. Es empfiehlt sich aber, den Zweitprozess bis zur rechtskräftigen Erledigung des ersten zu sistieren, um damit der Gefahr vorzubeugen, dass sich widersprechende Urteile ergeben. - Vgl. BGE 105 II 229 ff., insb. 233.

hingewiesen, dass während der Dauer der R. die erneute Anhängigmachung der Klage unzulässig ist oder jede Partei sich weigern kann, bei einem anderen Gericht auf dieselbe Streitsache gegenüber demselben Gegner einzutreten¹⁵. Meist wird das Recht zur einredeweisen Geltendmachung der R. unter den Wirkungen der R. aufgeführt¹⁶. Wegen der Maxime der Verhütung sich widersprechender Urteile gilt diese Rechtshängigkeitswirkung auch nach denjenigen Prozessgesetzen, welche die Berücksichtigung der R. nicht ausdrücklich erwähnen¹⁷.

Schon der Begriff "Einrede der R." als solcher lässt den Schluss zu, dass sich das Recht zur Einrede aus dem Zustand der R. herleitet. Gleichwohl soll kurz auf die Frage eingegangen sein, ob nicht auch nach oder vor der R. diese Ausschlussmöglichkeit besteht.

a) Die Gefahr widersprechender Urteile muss auch verhütet werden, wenn der Prozess schon durch Urteil oder Urteilssurrogat erledigt worden und die R. mithin erloschen ist. Dies wird ermöglicht durch das Recht zur Einrede der abgeurteilten Sache. Dieses Recht basiert aber nicht etwa auf der R., sondern auf der materiellen Rechtskraft des ergangenen Entscheides. Das Recht zur Einrede der R. fällt demnach mit dem Erlöschen der R. dahin, wird aber in der Folge durch das Recht zur Einrede der abgeurteilten Sache ersetzt¹⁸.

b) Vor Beginn der R. besteht kein Recht zur Verhinderung eines zweiten

15 Bund 22; Appenzell Innerrhoden 109; Thurgau 114.

16 Zürich 107 Ziff. 2; Bern 160 Ziff. 3; Uri 135 Abs. 2; Schwyz 96 Ziff. 2; Obwalden 54 lit. a; Zug 82 Ziff. 1; Freiburg 126 lit. a; Solothurn 57 lit. d; Schaffhausen 161 Ziff. 1; Waadt 120; Neuenburg 162, 169.

Vereinzelte findet die R. als negative Prozessvoraussetzung Erwähnung, welche vom Beklagten einredeweise geltend zu machen ist, oder es wird schlechthin von der prozesshindernden Einrede der R. gesprochen: Basel Stadt 58 Ziff. 3; Appenzell Ausserrhoden 125 Abs. 2 Ziff. 1; St. Gallen 281 Ziff. 4; Wallis 150 Ziff. 3.

Nidwalden reiht das Rechtsschutzbedürfnis unter den Prozessvoraussetzungen ein (69 Ziff. 5), welches dem Kläger eines zweiten gleichgerichteten Prozesses fehlt.

17 Guldener S. 239; Brosset, III A 2. Vgl. auch Weibel S. 116.

18 Vgl. Schauwecker S. 19 f..

gleichgerichteten Prozesses.

Tritt die R. schon zu Beginn des Sühnverfahrens ein, so leitet sich das Recht zur einredeweise Geltendmachung der R. bereits aus dem rechtshängigen Sühnverfahren ab¹⁹. - Nach der Mehrheit der schweizerischen Prozessordnungen tritt die R. aber erst zu Beginn des Verfahrens vor dem spruchkompetenten Richter ein, also in einem Zeitpunkt, ab welchem der Kläger intensiv an den Prozess gebunden wird²⁰. Vor diesem Zeitpunkt, also z.B. während des Sühnverfahrens, den Prozess schon mit ausschliessender Kraft auszustatten, wäre wenig sinnvoll, da die Existenz eines Sühnverfahrens nicht notwendig zur Folge hat, dass der Rechtsstreit effektiv vor den Richter getragen wird²¹.

Vereinzelte tritt die R. nach erfolglos abgeschlossenem Sühnversuch ein. Nach Helg beginnt die Ausschlussmöglichkeit eines zweiten Verfahrens in diesem Zeitpunkt, und er begründet dies ebenso mit der eintretenden, engen Prozessgebundenheit²².

Während ihrer Dauer bewirkt demnach die R. die Ausschlussmöglichkeit eines zweiten gleichgerichteten Prozesses. Sie ist eine Wirkung der R..

Welches Stadium hat der Zweitprozess zu erreichen, damit die Ausschlussmöglichkeit überhaupt realisierbar wird? Unbestreitbar von Vorteil ist, wenn die einredeweise Geltendmachung der R. möglichst früh im zweiten Prozess erfolgt. Voreilig wäre allerdings der Schluss, die Einrede der R. könne schon im Sühnverfahren mit Erfolg erhoben werden. Denn wenig Sinn kommt einer solchen Einrede im Sühnverfahren zu, weil der Sühninstanz die Kompetenz (und eventuell auch das nötige Fachwissen) fehlt, über die einredeweise aufgeworfene Frage zu entscheiden. Hier findet das Postulat des Schutzes der "Gerichte und Parteien vor einer überflüssigen zweiten Beanspruchung" seine Grenzen²³.

19 Vgl. z.B. für den Kanton Graubünden Weber S. 97 f..

20 Oben § 11 II. 3).

21 Vgl. Lutz in SJZ 27 S. 116.

22 Helg S. 68. Mit Bezug auf den Kanton Basel Land vgl. aber Weibel S. 117.

23 Vgl. allerdings Helg S. 68 f..

Die Einrede der R. kann erst ab Beginn des Verfahrens vor dem spruchkompetenten Richter mit Erfolg erhoben werden. Nun lassen die meisten Prozessgesetze die R. in diesem Zeitpunkt eintreten. Somit ist das Recht zur Einrede der R. wohl eine Folge der R. des Erstprozesses, setzt aber für die Anwendung auch die R. des Zweitprozesses voraus²⁴.

Ausgenommen sind die Prozessordnungen mit früher eintretender R.: Bei ihnen besteht dieses zusätzliche Erfordernis darin, dass im Zweitprozess der ordentliche Richter angerufen worden ist²⁵.

Zusammenfassend lässt sich folgendes festhalten:

Die R. schafft die Grundlage für die Ausschlussmöglichkeit eines zweiten gleichgerichteten Prozesses. Bewirkt die R. des Erstprozesses das p o t e n t i e l l e R e c h t, einen weiteren gleichgerichteten Prozess zu verhindern, so bewirkt andererseits die R. des Zweitprozesses im allgemeinen durch ihr Hinzutreten das a k t u e l l e R e c h t hiezu.

V. Beurteilung der Zulässigkeit

1. Beurteilung in formeller und materieller Hinsicht

Die Berücksichtigung der R. verlangt im Zusammenhang mit der Prüfung der oben (unter III) erwähnten Voraussetzungen eine Beurteilung in formeller und materieller Hinsicht. Das Bundesgericht hat dazu in konstanter Praxis eine heute allgemein anerkannte Regel aufgestellt²⁶:

- a) Ob eine Klage wegen schon bestehender R. zurückgewiesen werden darf oder nicht, ist eine Frage des f o r m e l l e n R e c h t s und

24 Sträuli/Messmer N. 11 zu § 107; Lutz in SJZ 27 S. 116 lit. b; Schauwecker S. 19; Brosset, IV C.

25 Für den Kanton Graubünden vgl. Weber S. 96 f., der auf die "unerfreuliche Situation" hinweist, "dass neben einem laufenden (rechtshängigen) Prozess noch ein rechtshängiges Sühnverfahren über den gleichen Streitgegenstand und zwischen den gleichen Parteien laufen kann". Die Sühninstanz ist nicht kompetent, über die aufgeworfene Frage der Berücksichtigung der R. zu befinden.

26 BGE 100 III 28 E. 1; 98 II 150; 96 II 449.
Vgl. auch Sträuli/Messmer N. 7 zu § 107 mit Hinweisen.

wird grundsätzlich vom kantonalen Prozessrecht beherrscht. Vorbehalten bleibt Art. 22 BZPO für Prozesse, welche direkt vor Bundesgericht auszutragen sind.

Dazu ist zu sagen, dass die Verhinderung einer zweiten identischen Klage nach jeder Prozessordnung möglich sein muss, und zwar auch nach jenen, welche eine entsprechende Regelung nicht ausdrücklich legiferiert haben. Dies gebietet allein schon die Gefahr, dass sich widersprechende Urteile ergeben könnten²⁷.

- b) Ob bei zwei Prozessen die geltend gemachten Ansprüche identisch sind oder nicht, ist eine Frage des *m a t e r i e l l e n R e c h t s* und wird somit und insoweit vom Bundesprivatrecht beherrscht, als es um bundesrechtliche Ansprüche geht; betreffen die Ansprüche kantonales materielles Recht, so ist das kantonale Recht zur Beurteilung der Identität massgeblich.

Durch unrichtige Beurteilung der Identitätsfrage seitens des Richters wird somit materielles Recht verletzt. Meist handelt es sich um Bundesrecht, und der Fehlentscheid kann deshalb vor Bundesgericht mittels Berufung (Art. 43 OG) angefochten werden.

2. Priorität

Bei der Berücksichtigung der R. wird der später rechtshängig gewordene Prozess zugunsten des früheren ausgeschlossen (, es sei denn, das Gericht des Erstprozesses sei unzuständig). Man spricht vom sogenannten Prioritätsprinzip²⁸. Es kann nun aber der Fall eintreten, dass zwei gleichgerichtete Prozesse gleichzeitig rechtshängig werden und in der Folge das Prioritätsprinzip versagt. Stellt eines der Gerichte seine Unzuständigkeit fest, so löst sich das Problem von selbst - sei es, dass es die Klage von der Hand weist, sei es, dass es den Prozess an das zuständige Gericht überweist.

Keine Lösung ist aber den Gesetzen zu entnehmen, wenn die beiden angerufenen Gerichte sich für zuständig erklären. In diesem in der Praxis

27 Vgl. Guldener S. 239; Brosset, III A 2.

28 S. oben III a).

wohl eher seltenen Fall dürfte es ausreichen, wenn ein Gericht dem Kläger unter Androhung der Vonderhandweisung eine Frist ansetzt, um eine der Klagen zurückzuziehen²⁹. Wie der Nichteintretensentscheid zufolge R. hat auch der Rückzug wegen schon bestehender R. nicht zur Folge, dass der Kläger seinen materiellen Anspruch verliert.

3. Interkantonale und internationale Berücksichtigung der R.

a) Gegenseitige Anerkennung und Vollstreckbarkeit

Die Berücksichtigung der R. im interkantonalen und internationalen Bereich ist eine Frage des Prozessrechts und hängt primär von der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheide ab. Für die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses gleichgerichteter Prozesse ist die *lex fori* massgebend; denn nur die eigene Rechtsordnung kann in kompetenter Weise Auskunft darüber geben, ob ausserkantonale oder ausländische Gerichtsentscheide innerhalb des der Rechtsordnung zugehörigen Hoheitsgebietes durchsetzbar sind. Die schweizerischen Zivilprozessgesetze enthalten keine diesbezüglichen Bestimmungen³⁰. Interkantonale wird die Beachtung der R. durch Art. 61 BV gewährleistet³¹, international durch entsprechende Staatsverträge³².

"Die Einrede der R." - so schreibt Schauwecker - "wird stets nur dann begründet, wenn im Falle einer Leistungsklage alle Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit gegeben sind. Für die übrigen Klagearten genügen die Voraussetzungen der Anerkennung. Die Einrede der R. muss also immer dann gewährt werden, wenn das im auswärtigen Prozess erstrebte Rechts-

29 Popper S. 87; Helg S. 65.

30 Mit Bezug auf die Berücksichtigung der Rechtskraft vgl. allerdings z.B. Zürich 191 Abs. 3 ZPO.

31 Vgl. auch Art. 80 f. SchKG. Guldener, IZR S. 174 f. und 84 f..

32 S. Guldener, IZR S. 175 ff. und 129 ff.; zu den Staatsverträgen s. insbesondere Adrian Staehelin: Die Staatsverträge über Zivilprozess und Zwangsvollstreckung nach der neueren Praxis des Bundesgerichts, abgedruckt in *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, 1975, S. 572 f.; Meili S. 385; vgl. auch Brosset III A 3; Schauwecker, § 6 S. 61 ff.; (oben III a N. 10).

schutzziel mit Hilfe des zu erwartenden ausländischen Urteils auch im Inland d u r c h g e s e t z t werden kann"³³. Voraussetzung für die Anerkenn- und Vollstreckbarkeit ist u.a. - unter Vorbehalt der allfälligen Divergenz zum ordre public - in formeller Hinsicht die Zuständigkeit des mit dem Erstprozess befassten auswärtigen Gerichtes nach Massgabe des interstaatlichen Abkommens³⁴. Ein weiteres Eintreten auf diese Problematik würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

b) Besonderheit bezüglich der Prioritätsbestimmung

Eine Ungereimtheit bezüglich der Beurteilung der Priorität zweier Prozesse innerhalb der Schweiz ist nun nicht zu übersehen. Ihr Grund liegt in dem von den kantonalen Zivilprozessordnungen unterschiedlich geregelten Beginn der R.³⁵. Trotz früherer Anhebung einer Klage kann diese zugunsten der späteren ausgeschlossen werden, sei es wegen der langwierigen Dauer des Sühnversuchs, oder/und weil im anderen Kanton die R. in einem früheren Verfahrensstadium eintritt. Gleichwohl hat das Bundesgericht in BGE 64 II 185 bekräftigt, dass auf den durch das Recht jedes Prozesskantons bestimmten Zeitpunkt der R. abzustellen sei. Dem könnte nur Abhilfe geschaffen werden, wenn für die Feststellung der Priorität interkantonal ein einheitlicher Zeitpunkt für massgebend erklärt würde. Auf diesen Zeitpunkt sollte der Kläger direkt Einfluss nehmen können, um nicht der Zufälligkeit kantonaler Prozessregeln inklusive der Speditivität sühninstanzlicher Verfahren ausgeliefert zu sein. Mit Helg³⁶ ist deshalb zu empfehlen, den Moment der bundesrechtlichen Klageanhebung³⁷ als entscheidenden Zeitpunkt für die Prio-

33 Schauwecker S. 54 (s. S. 53 ff.); mit Bezug auf den Zusammenhang zwischen Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheide einerseits und der R. andererseits s. im einzelnen Schauwecker S. 26 ff. und insbesondere § 4 S. 47 ff..

34 Brosset, III A 3; Schauwecker S. 52 und 58.

35 S. im Anhang Tab. II.

36 Helg S. 65; vgl. auch Brosset, III A 2.

37 Zur Klageanhebung s. oben § 3 II.

r i t ä t s b e s t i m m u n g zu betrachten. Ausserdem kann dadurch eine gewisse Gleichstellung gegenüber anderen Staaten, welchen ein von der R. ausgeklammertes Schlichtungsverfahren unbekannt ist, erzielt werden³⁸.

38 Auch international zeigt sich bezüglich des R.-Eintritts keine Einheit auf (s. dazu Schauwecker S. 57).

§ 13 WIDERKLAGE, HAUPT- UND NEBENINTERVENTION, STREITVERKÜNDUNG

I. A l l g e m e i n e s

Die Gemeinsamkeit dieser vier Institute ist prozessökonomischer Natur¹. Sie alle sehen vor, dass nicht nur das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers, sondern auch dasjenige anderer Personen in einem Prozessverfahren berücksichtigt werden kann. Ein einziger Prozess kann nämlich einen rationelleren Verfahrensablauf zeitigen, als wenn mehrere Prozesse neben- oder nacheinander geführt werden müssten, nämlich dann, wenn ein gewisser rechtserheblicher Zusammenhang der Rechtsverhältnisse unter den verschiedenen Beteiligten dies als zweckmässig erscheinen lässt^{1a}.

So kann anlässlich eines Prozessverfahrens der Beklagte eine Widerklage erheben, ein Dritter als Haupt- oder Nebenintervenient in den Prozess eintreten oder eine Partei einem Dritten den Streit verkünden. Die Prozessgesetze statuieren die Voraussetzungen hiezu unterschiedlich². Nachstehend soll aber nur untersucht werden, ob diese Institute in einem Zusammenhang mit der R. eines Verfahrens stehen.

II. D i e W i d e r k l a g e

1. Bei der Widerklage³ handelt es sich um eine an sich s e l b s t ä n d i g e K l a g e, die in das Verfahren über die Vorklage eingegliedert wird. Sie ist ein Gegenangriffsmittel des Beklagten, durch welches dieser zum Widerkläger, der Kläger zum Widerbeklagten wird. Als selbstständige Klage unterscheidet sie sich von einer "normalen" Klage insbesondere dadurch, dass sie von bestimmten, von den Prozessgesetzen verschieden festgelegten, z u s ä t z l i c h e n Voraussetzungen abhängig gemacht wird, und dass sie am Ort der Hauptklage erhoben werden kann und muss⁴. Zusätzliche Voraussetzungen können etwa darin bestehen,

1 Bei der Nebenintervention kommt der prozessökonomischen Komponente allerdings nur dann grössere Bedeutung zu, wenn Aussicht auf gleichzeitige Liquidierung der Beziehungen zwischen der Hauptpartei und ihren Intervenienten besteht.

1a)Vgl. Helg S. 71; Popper S. 89f..

2 Vgl. Guldener: zur Widerklage S. 216 ff., zur Hauptintervention S. 315 f., zur Nebenintervention S. 306 ff., zur Streitverkündung S. 309 ff..

3 Vgl. die Definition der Widerklage oben § 3 III 3. sowie v. Wyss S. 23.

4 Nach Aargau 15 ZPO ist die Widerklage nur in Ausnahmefällen zulässig.

dass durch den Streitwert der Widerklage eine bestimmte Streitwerthöhe nicht überstiegen werden darf, dass die Widerklage selber keinen ausschliesslichen, zwingenden, anderen Gerichtsstand begründet, dass sie derselben Verfahrensart wie die Hauptklage unterstellt werden kann, dass sie in einem bestimmten Zusammenhang zur Hauptklage steht, etc.. An dieser Stelle soll jedoch nicht auf die einzelnen Voraussetzungen der Widerklage eingegangen werden ⁵; sie werden im folgenden als gegeben vorausgesetzt. Hingegen gilt es zu zeigen, was für Auswirkungen die R. der Vorklage auf die Widerklage hat.

2. Vorwegzunehmen ist die Feststellung, dass die Prozessgesetze für die Widerklage den Gerichtsstand der Hauptklage (Vorklage) bestimmen ⁶. Nun stellt sich die Frage, wann der Gerichtsstand der Hauptklage eindeutig feststeht. Nach Zürich § 16 ZPO "bestimmt sich der Gerichtsstand nach den Verhältnissen zur Zeit, da die Klage rechtshängig wird". Wie auch oben ⁷ schon dargelegt wurde, ist die Fixierung des Gerichtsstandes, die perpetuatio fori, eine Folge der R.. Die Existenz einer Hauptklage ist aber begriffsnotwendige Voraussetzung für die Widerklage; und weil nun das für die Hauptklage örtlich unzuständige Gericht auch nicht Gerichtsstand für die Widerklage sein kann, drängt sich der Schluss auf, dass die Fixierung des Gerichtsstandes der Widerklage eine Wirkung der R. der Hauptklage ist. Diese Wirkung ist aber abhängig von einer weiteren Bedingung: Die Hauptklage darf nicht wegen allfälligen Prozessmängeln von der Hand gewiesen werden, sonst würde auch der Gerichtsstand der Widerklage dahinfallen und demzufolge

5 S. dazu Guldener S. 216 ff..

6 Zürich 15; Bern 33; vgl. Luzern 48, 86; Uri 38; Schwyz 15; Obwalden 19; Nidwalden 18; Glarus 7 Ziff. 1; Zug 9; Freiburg 71; Solothurn 22; Basel Stadt 6; Basel Land 36; Schaffhausen 69; Appenzell Ausserrhoden 38; Appenzell Innerrhoden 33; St. Gallen 96; Graubünden 27; vgl. Aargau 15; Thurgau 11; Tessin 12; Waadt 54; Wallis 16 Ziff. 5; Neuenburg 12; Genf 82. Vgl. auch Bund 31.

Der Anhängigmachung einer Widerklage am Ort der Hauptklage steht Art. 59 BV nicht entgegen, sofern bestimmte Voraussetzungen gegeben sind (u.a. Konnexität beider Klagen). Vgl. BGE 71 I 346, 87 I 130 sowie Guldener S. 101 N. 89.

7 Oben § 9 II.

könnte auf die Widerklage nicht eingetreten werden⁸. Von Wyss bezeichnet deshalb den Gerichtsstand der Widerklage als *r e s o l u - t i v b e d i n g t*⁹. Entscheidendes Kriterium ist, dass auf die Hauptklage eingetreten werden und dadurch über sie durch Urteil oder Urteilssurrogat entschieden werden kann und muss.

Die R. der Hauptklage darf nicht generell als Voraussetzung zur Erhebung einer Widerklage betrachtet werden¹⁰. In den meisten Kantonen wird das Sühnverfahren nicht von der R. erfasst. Gleichwohl lassen sie die Widerklage schon im Sühnverfahren über die Hauptklage zu. In § 102 Abs. 2 der Zürcher ZPO heisst es z.B.: "Hat der Beklagte im Sühnverfahren Widerklage *e r h o b e n*, wird sie durch Einreichung der Weisung ebenfalls rechtshängig". Das Beispiel macht deutlich, dass zwischen Erhebung und Anhängigmachung der Klage zu unterscheiden ist. So ist es denn die erhobene und nicht die rechtshängige Hauptklage, welche dem Beklagten das Recht zur Erhebung einer Widerklage gibt¹¹; rechtshängig kann die Widerklage erst werden, wenn die R. der Hauptklage eingetreten ist. Vom Schicksal der Hauptklage getrennt wird die Widerklage allerdings erst, wenn auch feststeht, dass auf die Hauptklage eingetreten werden kann¹².

Für diejenigen Kantone, welche die R. schon zu Beginn des Sühnverfahrens eintreten lassen oder das Schlichtungsverfahren gar nicht kennen, fällt der Zeitpunkt der Anhängigmachung mit demjenigen der Klageerhebung zusammen. Deshalb ist es nicht falsch, wenn in diesen Kantonen

8 V. Wyss S. 82.

Eine Ausnahme liegt allerdings dann vor, wenn z.B. der Gerichtsstand der Widerklage ohnehin auch für sie als selbständige Klage gegeben ist und auch die verfahrensrechtlichen Erfordernisse - insbesondere die Durchführung eines vorgängigen, obligatorischen Sühnversuches - erfüllt sind. (S. Guldener S. 218 N. 24).

9 V. Wyss S. 42.

10 A.A. Keller S. 36; vgl. auch Gautschi S. 115.

11 Vgl. Guldener S. 216 N. 9.

Betreffend die Kantone, welche die Erhebung der Widerklage schon im nicht rechtshängigen Sühnverfahren über die Hauptklage *v e r l a n g e n*, s. oben § 3 III 3. N. 53.

12 Guldener S. 218 Ziff. 6.; Walder, Zivilprozess S. 145; V. Wyss S. 82.

das Recht zur Erhebung einer Widerklage als Wirkung der R. der Hauptklage betrachtet wird¹³.

Helg zeigt eine Besonderheit für den Kanton Thurgau auf¹⁴: nach § 113 Abs. 2 ZPO kann eine Widerklage nur während des Sühnverfahrens erhoben werden; die R. selber beginnt erst am Ende der Sühnverhandlung mit der Einlassung. So bezeichnet er das Recht zur Erhebung der Widerklage als eine Wirkung des Vorstandsbegehrens¹⁵. Da aber das Vorstandsbegehren identisch ist mit dem Akt der Klageerhebung, trifft auch hier die Feststellung zu, dass das Recht zur Widerklage eine Wirkung der Klageerhebung und nicht der R. ist.

3. Zusammenfassend gilt folgendes generell für das schweizerische Zivilprozessrecht:

- a) Die Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage sowie das Recht zur Erhebung einer Widerklage sind Wirkungen der Erhebung der Hauptklage. Diese Wirkungen können dann von der R. abhängig gemacht werden, wenn die Prozessordnung die R. zu Beginn des Sühnverfahrens eintreten lässt oder wenn sie dieses Verfahren gar nicht kennt¹⁶.

13 Vgl. z.B. Graubünden 64 Abs. 1 ZPO und Weber S. 115.

14 Helg S. 73.

15 Helg S. 73.

16 So wird in Deutschland die Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage als Wirkung der R. bezeichnet; Schönke/Kuchinke S. 203 § 44 II 2. Unzweckmässig ist m.E. die Regelung von Nidwalden: In § 70 Ziff. 3 ZPO wird ausdrücklich festgehalten, dass "die Befugnis des Beklagten zur Stellung einer Widerklage eine Wirkung der R." sei. Nach dem Wortlaut *m ü s s t e* der Beklagte mit der Widerklageerhebung zuwarten, bis die Sühnverhandlung über die Hauptklage durchgeführt ist und der Kläger seine Klage nach § 70 Abs. 1 ZPO durch Einreichung beim zuständigen Gericht rechtshängig gemacht hat. Sieht § 119 Abs. 4 ZPO die Erledigung von Klage und Widerklage vor, so hätte der Beklagte seine Widerklage gleichwohl noch vorgängig einem separaten Sühnverfahren zu unterstellen (§ 119 Abs. 1 ZPO), was sich zwangsläufig auf die Dauer des Verfahrens negativ auswirken würde. Der prozessökonomische Zweck des Instituts der Widerklage wird durch eine solche Regelung in Frage gestellt: Unter Umständen würde der Beklagte sein Ziel schneller erreichen, wenn er schon während des Sühnverfahrens über die (Haupt-) Klage seine Widerklage als selbständige Klage bei der zuständigen Instanz erheben würde. Dies kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein: Entgegen dem zu eng gefassten Wortlaut von § 70 Ziff. 3 ZPO muss die Befugnis zur Erhebung einer Widerklage schon vor dem R.-Eintritt der Hauptklage, nämlich ab ihrer Anhebung vor der Sühninstanz, zumindest *b e d i n g t* gegeben sein.

- b) Wirkung der R. der Hauptklage ist, dass die Widerklage selber rechts-
hängig werden kann, und - vorausgesetzt dass kein Prozessmangel der
Anhandnahme der Hauptklage entgegensteht - die Widerklage vom Schick-
sal der Hauptklage unabhängig und der Gerichtsstand der Widerklage
perpetuiert wird.

III. Die Hauptintervention

Die Hauptintervention ist die gegen beide Parteien eines rechtshängigen
Prozesses gerichtete Klage eines Dritten¹⁷. Sie ist in der Praxis von ge-
ringer Bedeutung, was nicht nur aus der diesbezüglich spärlichen Judikatur
ersichtlich wird, sondern auch darin seinen Ausdruck findet, dass nur etwa
der Hälfte der schweizerischen Zivilprozessordnungen dieses Institut be-
kannt ist¹⁸. Im Unterschied zur Widerklage klagt hier während eines Pro-
zessverfahrens ein Dritter. Mit der Hauptintervention entsteht ein
s e l b s t ä n d i g e r Prozess, in welchem der Hauptintervenient als
Kläger, die Parteien des "Erstprozesses" als Beklagte agieren¹⁹.

Die kantonalen Regelungen sind einander meist ähnlich oder gar wortgleich
abgefasst. So heisst es z.B. in Zürich § 43 ZPO²⁰:

"Wer am Streitgegenstand ein besseres, beide Parteien ganz oder teilweise
ausschliessendes Recht behauptet, kann dieses als Hauptintervenient durch
eine gegen beide Parteien gerichtete Klageschrift direkt bei dem Gericht
geltend machen, vor welchem der Prozess erstinstanzlich rechtshängig ist".

Die Institution der Hauptintervention schafft für den Dritten eine speziel-
le Form der Teilnahme am Verfahren des Erstprozesses. Der Dritte glaubt, am
Streitgegenstand verglichen mit den Parteien des Erstprozesses ein besse-
res Recht zu haben²¹. Aus prozessökonomischen Gründen kann nun die Interven-

17 Guldener S. 315 f.; Helg S. 74; Popper S. 90; Walder, Zivilprozess S.
153.

18 Zürich 43; Luzern 73; Schwyz 39; Nidwalden 44 Abs. 2; Glarus 38; Zug
22; Basel Land 49; Schaffhausen 87; St. Gallen 109; Aargau 28 f.;
Thurgau 34; Tessin 49 f.; Waadt 80 ff.; Wallis 41 f.; Genf 302.

19 Kirsch S. 22; BGE 96 II 79 E. 4.

20 Mit gleichem Wortlaut Schwyz 39.

21 Zum Streitgegenstand vgl. oben § 11 II 1. lit. a.

tionsklage direkt bei dem für den Erstprozess zuständigen Gericht angebracht und daselbst beide Verfahren vereinigt werden. So gelangen beide Prozesse vor der selben Behörde zur Austragung, auch wenn die Verfahren zufolge allfälliger Kompliziertheit der Fälle u.U. nicht vereinigt werden; bei präjudizieller Bedeutung des Ausganges der Interventionsklage wird die Sistierung des Erstprozesses ratsam sein²². Dem Dritten wird so die Möglichkeit eröffnet, ein für ihn allfällig nachteiliges Urteil im Erstprozess zu verhüten²³. Deshalb, aber auch im Sinne der Prozessökonomie, ist es von Vorteil, wenn möglichst zu Beginn des Erstprozesses interveniert wird.

Basis für die Hauptintervention und mithin der Zusammenhang zwischen den beiden Prozessen liegt in der Beziehung aller Parteien zum gleichen Streitgegenstand; diese Beziehung (Sachlegitimation) bildet auch die Grundvoraussetzung für die Hauptintervention.

Von Interesse ist aber hier die zeitliche Voraussetzung zur Hauptintervention: zu welcher Zeit kann und darf ein Dritter in einen Prozess intervenieren? Die Antwort darauf ist allen Gesetzestexten eindeutig zu entnehmen²⁴: Die Hauptinterventionsklage kann bei dem Gericht direkt geltend gemacht werden, bei welchem der (Erst-) Prozess (erstinstanzlich) **r e c h t s h ä n g i g** i s t. Daraus ergeben sich zwei Folgerungen:

- sowohl die Begründung des **G e r i c h t s s t a n d e s** der **H a u p t i n t e r v e n t i o n** am Ort des Erstprozesses - wie auch
 - das **R e c h t** zur **H a u p t i n t e r v e n t i o n**²⁵ (wenn im Uebrigen die Voraussetzungen gegeben sind)
- sind **W i r k u n g e n** d e r **R.** des Erstprozesses.

Der Vorteil der Hauptintervention gewinnt nicht nur für den Intervenienten, sondern auch aus prozessökonomischer Sicht an Bedeutung, wenn möglichst zu Beginn der R. des Erstprozesses interveniert wird. Deshalb beschränken

22 Vgl. Zürich 43 Abs. 2; Sträuli/Messmer N. 2 zu § 43.

23 S. Kirsch S. 24.

24 Oben N. 18.

25 S. auch Helg S. 75.

die neueren Prozessgesetze die Zulässigkeit zur Intervention in zeitlicher Hinsicht auf das Verfahrensstadium des Erstprozesses vor erster Instanz²⁶.

Im Sühnverfahren wird nicht interveniert²⁷. Die Zulassung der Hauptintervention während der Sühnverhandlung, während welcher die R. noch nicht besteht, wäre nicht sinnvoll: Die Hauptintervention kompliziert das Verfahren erheblich, und es besteht die Gefahr, dass der Sühnbeamte überfordert wird²⁸. Diesem Umstand trägt z.B. der Kanton Glarus Rechnung: Die R. beginnt zwar schon am Anfang des Sühnverfahrens, doch wird festgelegt, dass die Hauptintervention "unter Umgehung des Vermittlers" zu erfolgen hat²⁹. Tritt die R. nach dem Prozessrecht zu Beginn des Sühnverfahrens ein, dann kann ausnahmsweise das Recht zur Hauptintervention nicht als ihre Wirkung bezeichnet werden.

Nach denjenigen Prozessordnungen, welchen die Hauptintervention nicht bekannt ist, kann der Dritte seine Rechte nur "in einem besonderen Prozess", d.h. auf dem 'normalen' Prozessweg (durch Klageeinleitung am hiezu zuständigen Ort) wahren³⁰. Damit kommt er nicht in den Vorteil³¹, direkten Einfluss auf den Ausgang des Erstprozesses zu nehmen.

Die Hauptinterventionsklage wird durch Erhebung rechtshängig. Im Unterschied zur Widerklage bleibt sie, auch bei Abweisung des Erstprozesses aus prozessualen Gründen, bestehen³².

IV. Die Nebenintervention

Durch die Nebenintervention tritt ein Dritter (Nebenintervenient) als Nebenpartei derjenigen Partei zur Unterstützung bei, an deren Obsiegen er ein

26 Zürich 43; Schwyz 39.

Die Hauptintervention während des Berufungsverfahrens vor Bundesgericht ist unzulässig (BGE 66 II 144).

27 Vgl. Guldener S. 316.

28 Kirsch S. 33.

29 Glarus 38. Vgl. im Anhang Tab. II.

30 BGE 96 II 79 E. 4.

31 Zu den Vorteilen der Hauptintervention s. Popper S. 91.

32 Kirsch S. 33 f.; Helg S. 74.

Interesse hat³³. Im Unterschied zur Hauptintervention begründet die Nebenintervention keinen weiteren Prozess. Es handelt sich lediglich um die Teilnahme eines Dritten an einem schon bestehenden Prozess.

Diese Institution ist allen Zivilprozessordnungen der Schweiz bekannt³⁴. Durch sie wird dem Dritten ermöglicht, einer Hauptpartei eines Prozesses Prozesshilfe zu leisten, um sich selbst vor den Folgen einer möglichen Niederlage derselben zu schützen. Die prozessökonomische Grundidee liegt in der Verhütung eines künftigen Prozesses des bzw. gegen den Dritten.

Die Voraussetzungen zur Nebenintervention werden aus den Gesetzestexten klar ersichtlich. Vorerst wird ein rechtliches Interesse des Nebenintervenienten am Obsiegen einer Hauptpartei verlangt³⁵. Wirtschaftliche oder rein persönliche Interessen genügen nicht. Hingegen braucht sein Interesse nicht unbedingt in einer rechtlichen Beziehung zur Hauptpartei, die er unterstützen will, zu bestehen; als zulässiges Interesse wird u.a. seine rechtliche Beziehung zum Streitgegenstand oder zur Gegenpartei angesehen³⁶. - Sodann, und für diese Arbeit von Bedeutung, wird von der Mehrzahl der Gesetze vorausgesetzt, dass der Prozess zwischen den Hauptparteien *r e c h t s h ä n g i g* sei. Aber auch für die Kantone, welche die R. als Voraussetzung nicht explizit erwähnen, gilt das bei genauerer Betrachtung sinngemäss: Für die Bestimmung der Zulässigkeit in zeitlicher Hinsicht verwenden die Prozessordnungen Umschreibungen wie etwa "... in jedem Stadium des Prozesses" (= "in ogni stadio die causa"... - = "... en tout état de cause"...)³⁷ oder "... jusqu'à fin de cause..."³⁸. Diese Formulierungen könnten auch durch das Wort "R." ersetzt werden, weil in diesen Kantonen

33 Guldener S. 306; Helg S. 76; Walder, Zivilprozess S. 157.
Zur Nebenintervention im einzelnen s. H.J. Frei.

34 Bund 15 f.; Zürich 44 f.; Bern 44 f.; Luzern 72 f.; Uri 62 f.; Schwyz 40 f.; Obwalden 39, 41; Nidwalden 45; Glarus 39; Zug 23 f.; Freiburg 91; Solothurn 41; Basel Land 49; Basel Stadt 26; Schaffhausen 88; Appenzell Ausserrhoden 51; Appenzell Innerrhoden 65; St. Gallen 110; Graubünden 49; Aargau 31 f.; Thurgau 35; Tessin 49, 51 ff.; Waadt 80; Wallis 43; Neuenburg 47 ff.; Genf 302 ff..

35 Guldener S. 306; Sträuli/Messmer N. 1 zu § 44.

36 Frei S. 19; Helg S. 77; Sträuli/Messmer N. 2 zu § 44.

37 Graubünden 49; Tessin 51; Waadt 80.

38 Neuenburg 48.

ein vorausgehendes Sühnverfahren entweder von der R. miterfasst wird oder aber gar nicht bekannt ist. Eine spezielle, etwas unpräzise Regelung kennt der Kanton Thurgau, der "das Schweben eines Rechtsstreites" zur Voraussetzung der Nebenintervention macht. Helg³⁹ gelangt zum Schluss, dass die Möglichkeit der Nebenintervention im Kanton Thurgau eine Wirkung der Anhängigmachung und nicht der R. sei. Zur Begründung führt er an, dass die Nebenintervention erst zugelassen werde, wenn keine Partei dagegen Einspruch erhebt oder widrigenfalls dem Einspruch nicht stattgegeben wird⁴⁰; die Zulässigkeit könne erst nach der Anhängigmachung des Rechtsstreites geprüft werden. Diese Begründung hält nicht Stich. Die Rechtmässigkeit einer Nebenintervention wird immer erst dann geprüft, wenn die entsprechende Vorkehr schon getroffen worden ist; ob das Recht, die Vorkehr zu treffen, tatsächlich bestanden hat oder nicht, ist u.a. ja gerade Gegenstand der Prüfung. Dass die Teilnahme des Nebenintervenienten am Prozess nur unter der Bedingung bestehen bleibt, dass von keiner Hauptpartei hiegegen Einspruch erhoben wird oder dass das Gericht einem solchen Einspruch nicht stattgibt, ändert nichts daran, dass das Recht zur Intervention bei der entsprechenden Vorkehr formell schon Bestand gehabt hat. Die Meinung Böcklis, dass "das Schweben eines Rechtsstreites" der Zeitspanne der R. gleichzusetzen sei⁴¹, wird weder durch die Helg'sche Argumentation noch durch die Tatsache widerlegt, dass das Intervenieren zwischen der "Einlassung" (Ende des Sühnverfahrens = Beginn der R. im Kanton Thurgau) und der "Anhängigmachung" nach aussen hin nicht manifest wird. Entscheidend ist einzig, ob der Dritte ein Recht dazu hat, sich einer Partei zur Unterstützung anzuschliessen. Ist die Partei ab Eintritt der R. schon an den Prozess gebunden (s. oben § 11 II 2 c), so ist nicht einzusehen, warum der Dritte sich ihr nicht auch ab diesem Moment soll anschliessen können. Der Ansicht Böcklis⁴¹, dass das Recht zur Nebenintervention eine Folge der R. ist, ist daher beizupflichten.

Die Zulassung der Nebenintervention während der vorgängigen, nicht von der R. erfassten Sühnverhandlung wäre sinnwidrig, bestünde doch die Gefahr, dass die Teilnahme eines Dritten die Schlichtung der Parteien vereiteln

39 Helg S. 78.

40 Thurgau 36 Abs. 1.

41 Böckli N. 2 zu § 35 in Verbindung mit N. 1 zu § 31.

könnte. Glaubt sich der Dritte in seinen Rechten beeinträchtigt, so steht ihm ja letztlich der eigene Rechtsweg zur Rechtsverfolgung offen.

Intervenieren kann der Dritte bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreites (jusqu'à fin de cause), aber auch noch im ausserordentlichen Rechtsmittelverfahren⁴², also immer während der Dauer der R.. Unzulässig ist die Nebenintervention allerdings nach Art. 53 Abs. 2 OG im Berufungsverfahren vor Bundesgericht.

Die gemachten Ausführungen zeigen, dass das Recht zur Nebenintervention für das schweizerische Zivilprozessrecht generell eine Wirkung der R. ist. Das Interventionsrecht ist nicht abhängig von eventuell fehlenden Prozessvoraussetzungen⁴³.

V. Die Streitverkündung

Streitverkündung ist die Aufforderung einer Haupt- oder Nebenpartei (Litisdenunziant) an einen Dritten (Litisdenunziat), sie als Nebenpartei im Prozess zu unterstützen⁴⁴. Sie ist allen schweizerischen Zivilprozessordnungen bekannt⁴⁵ und zeigt gewisse Parallelen zur Nebenintervention. So wird beispielsweise von den Gesetzen darauf hingewiesen, dass der Litisdenunziat im Prozess die gleiche Stellung innehat wie der Nebenintervenient⁴⁶. Auch basiert die Streitverkündung auf der nämlichen prozessökonomischen Maxime

42 Guldener S. 307.

43 Sträuli/Messmer N. 3 zu § 44.

44 Guldener S. 309; Helg S. 78; Walder, Zivilprozess S. 165.
Zur Streitverkündung im einzelnen s. Vogel, H.

45 Bund 16; Zürich 46 f.; Bern 48; Luzern 64; Uri 56; Schwyz 42; Obwalden 42 ff.; Nidwalden 46 f.; Glarus 42; Zug 26; Freiburg 97 f.; Solothurn 44 f.; Basel Land 46; Basel Stadt 19 ff.; Schaffhausen 90 ff.; Appenzell Ausserrhoden 54 ff.; Appenzell Innerrhoden 67; St. Gallen 111 ff.; Graubünden 46 f.; Aargau 36 f.; Thurgau 38 f.; Tessin 56 ff.; Waadt 83; Wallis 48 ff.; Neuenburg 43 f.; Genf 81 ff..

46 Bund 16 ZPO bezeichnet den Litisdenunziaten als Intervenienten und verweist damit auf Art. 15 BZPO; ebenso u.a. Zürich 47, Bern 49, Schwyz 43. In Nidwalden 47 Abs. 1 heisst es noch deutlicher: "Der Dritte hat im Prozess die gleiche Stellung wie der Nebenintervenient".

der Vermeidung künftiger Prozesse⁴⁷. Ein grundlegender Unterschied zwischen den beiden Instituten besteht darin, dass die Beteiligung des Dritten am Prozess bei der Nebenintervention auf eigene Initiative, bei der Streitverkündung auf das Nachsuchen einer Partei hin, also durch Parteihandlung, erfolgt.

Nun stellt sich die Frage, ob wie bei der Nebenintervention auch hier die R. eines Prozesses vorausgesetzt wird. Diese Frage bejaht Vogel⁴⁸ und für Zürich Sträuli/Messmer⁴⁹, der auf das Protokoll der Expertenkommission verweist. Guldener enthält sich einer diesbezüglichen Ausführung. - Richtig ist, dass sich die Streitverkündung für eine Partei erst aufdrängt, wenn der Prozess nur noch durch Urteil oder Urteilssurrogat erledigt werden kann, d.h. wenn er rechtshängig geworden ist und die Parteien an ihn gebunden sind. Andererseits ist aber nicht einzusehen, weshalb eine Partei nicht schon während des Sühnversuches einem Dritten den Streit verkünden darf. Schliesslich handelt es sich um eine **P a r t e i h a n d l u n g**, mit welcher ein Dritter zwecks Unterstützung und Absicherung zur Teilnahme am Prozess bewegt werden soll. Warum sollte es einer Partei auch verwehrt sein, ihre Trümpfe schon im Sühnverfahren aufzudecken?! - Im Gegensatz zur Hauptintervention wird der Sühnbeamte hier nicht vor eine bedeutend schwierigere Aufgabe gestellt, da die Teilnahme des Litisdennunzianten keine neue Partei schafft⁵⁰, sondern nur die eine unterstützt und dadurch ihre Stellung festigt. Durch die Streitverkündung gibt der Litisdennunziant unmissverständlich zu erkennen, dass er nicht zu einer gütlichen Beilegung des Rechtsstreites ohne Mitwirken des Dritten bereit ist. Wenn er nun diesen seinen Willen nur durchsetzen kann, indem er sich einer gütlichen Beilegung widersetzt, um später im rechtshängigen Prozess dem Dritten den Streit zu verkünden, dann wird der ganze Sühnversuch illusorisch. Die Zulassung während des Sühnverfahrens entspricht dem Zweck des Sühnversuches demzufolge besser.

47 Vogel S. 16; Walder, Zivilprozess S. 165; zur Wirkung der Streitverkündung s. Guldener S. 312 ff..

48 Vogel S. 16, jedoch ohne Begründung.

49 Sträuli/Messmer N. 3 zu § 46; gleicher Ansicht Popper S. 91 mit Bezug auf die alte ZPO von Zürich.

50 S. oben III bei N. 28.

Für die zweite Lösung spricht ausserdem die Tatsache, dass die Gesetze die R. nicht expressis verbis als Voraussetzung der Streitverkündung bezeichnen. Dieser Tatsache kommt deshalb soviel Bedeutung zu, weil die Prozessordnungen in den Normen über die Nebenintervention als einem der Streitverkündung verwandtem Gebilde gerade auf die R. als Voraussetzung ausdrücklich hinweisen⁵¹. Wenngleich Gesetzestexte oft der Auslegung bedürfen, so wäre es doch unbegreiflich, wenn dermassen unterschiedliche Normierungen der mangelnden Redaktionskunst der Gesetzgeber beinahe sämtlicher Kantone zuzuschreiben wäre. Das geht aber m.E. zu weit. Sicherlich kann das Recht zur Streitverkündung in denjenigen Prozessordnungen als Wirkung der R. bezeichnet werden, die die R. schon zu Beginn des Sühnverfahrens eintreten lassen oder denen ein solch vorgängiges Schlichtungsverfahren unbekannt ist. Hingegen darf für das schweizerische Zivilprozessrecht das Recht zur Streitverkündung nicht generell als Wirkung der R. gelten. Die Streitverkündung ist m.E. schon im vorgängigen, nicht von der R. erfassten Sühnverfahren zulässig⁵².

Die Zulässigkeit zur Streitverkündung wird limitiert durch die Prozesserledigung und durch die Beendigung aller Rechtsmittelverfahren⁵³, wobei sie im Berufungsverfahren vor Bundesgericht nach Art. 53 OG ausgeschlossen ist.

51 S. oben IV. N. 34.

52 Ebenso für den Kanton Thurgau, s. Helg S. 79. Vgl. auch Guldener S. 310 ff., bei welchem die R. eines Prozesses nicht unter den Voraussetzungen zur Streitverkündung zu finden ist; allerdings zieht er diese Möglichkeit nicht ausser Betracht (Guldener S. 230 N. 2).

53 Z.B. Zürich 46 Abs. 1.

4. ABSCHNITT: OEFFENTLICHE PFLICHT
BEGRUENDENDE WIRKUNG

§ 14 DIE PFLICHT DES GERICHTS,
UEBER DIE KLAGE ZU ENTSCHEIDEN

I. A l l g e m e i n e s

"Alles Recht ist da, um verwirklicht zu werden" heisst es bei Burckhardt¹. Damit weist er darauf hin, dass jede Rechtsordnung, die Anspruch auf Geltung erhebt, auch die Möglichkeit für die Anwendung und den Vollzug ihrer Normen schaffen muss. Unterlässt sie dies, so verbleibt sie lediglich auf theoretischer Ebene als "Vorschlag für die richtige Verhaltensmaxime"². Die Ermöglichung zur Durchsetzung des Rechts, die Erzwingbarkeit, gehört somit notwendig zum Wesen jeder geltenden Rechtsordnung³.

Auch das Privatrecht als Teil der Rechtsordnung muss erzwingbar sein. Der Private selber wird im Rahmen der Privatrechtsordnung ermächtigt, Recht durch Rechtsgeschäft zu setzen. Dieses kann im Streitfall nicht von vornherein erzwungen, d.h. zwangsvollstreckt werden. Es muss zuvor auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft und autoritativ festgestellt werden.

Nun lassen sich verschiedene Wege denken, welche dem Privaten die Verwirklichung seines (behaupteten) Rechts - des subjektiven Rechts - ermöglichen. Der wohl älteste Weg ist die Selbsthilfe, die allerdings den Staatsinteressen entgegensteht, führt sie doch zwangsläufig zum faustrechtlichen Zustand, zur Anarchie⁴. Aus Selbstzweck bestellt der Staat deshalb Organe, die nach normierten Verfahrensregeln umstrittene Rechtslagen Privater nach Massgabe der materiellen Rechtsordnung zu prüfen und zu entscheiden haben und notfalls ihre Entscheidungen durch Anwendung von Zwangsmitteln vollstrecken. Die Privatrechtsordnung wird erst sinnvoll durch die Schaffung des Prozessverfahrens sowie der erkennenden Organe, der Gerichte; erst sie bieten Ge-

1 Burckhardt, Einführung S. 156.

2 Burckhardt, Organisation, S. 247.

3 Burckhardt, Organisation, S. 248; Kummer, Klagerecht S. 15.

4 Vgl. Grunsky, Verfahrensrecht S. 2.

währ dafür, dass das Privatrecht vollstreckt, verwirklicht werden kann⁵, allerdings unter der Bedingung, dass die Gerichte v e r p f l i c h - t e t sind, auf Begehren der Privaten hin tätig zu werden.

II. D i e o b l i g a t o r i s c h e T ä t i g k e i t d e r G e r i c h t e

Nach Popper "bewirkt die Anhängigmachung einer Klage die Pflicht des angerufenen Gerichts zur Prüfung und Erledigung des Rechtsstreites"⁶. Die grundsätzliche Pflicht des richterlichen Tätigwerdens leitet er aus Art. 4 der BV ab, erläutert jedoch nicht die Beziehung zwischen dieser Pflicht und der Rechtshängigkeit. Diese ist somit hier zu prüfen.

1. Rechtsgrundlage

In der Schweiz ist das Privatrecht vom Bund geschaffen worden. So ist es auch seine Aufgabe, dafür zu sorgen, dass auch die Voraussetzungen für die Verwirklichung des Privatrechts vorliegen⁷.

a) Nach Art. 52 und 54 SchlT ZGB sind die Kantone verpflichtet, rechtsprechende Behörden zu bestellen⁸. Ebenso haben sie gemäss Art. 64 BV die Organisation der Gerichte sowie das gerichtliche Verfahren festzulegen. Im Art. 4 BV, dem sogenannten Gleichheitsartikel, wurden verschiedene Grundrechte des Bürgers verankert⁹. Eines dieser Grundrechte ist das Recht auf gerichtliche Entscheidung, auf Justizgewährung. Dadurch wird dem Bürger ermöglicht, ungewisse oder streitige subjektive Rechte vor Gericht zu tragen und eine gerichtliche Entscheidung darüber zu erwirken. Die Praxis hat von jeher dem Art. 4 BV u.a. die Bedeutung des Rechts auf Justizgewährung zuerkannt¹⁰.

5 Guldener, Bundesprivatrecht S. 5; Burckhardt, Organisation S. 247, s. auch S. 68 und 178; Grunsky, Verfahrensrecht S. 2.

6 Popper S. 73.

7 Vgl. Kummer, Klagerecht S. 20; Guldener, Bundesprivatrecht S. 24 f..

8 S. Guldener, Bundesprivatrecht S. 24.

9 Vgl. dazu Fleiner/Giacometti § 42 S. 411 ff..

10 Schon BGE 3 S. 429. Vgl. auch Hauser S. 537 und Habscheid S. 5 f..

- b) Das Korrelat dieses Rechts auf Justizgewährung ist die P f l i c h t für die rechtsprechenden Behörden, Bestand und Inhalt der Rechtsbeziehungen der Parteien nach den geltenden Verfahrensregeln und nach Massgabe des materiellen Rechts autoritativ festzulegen^{10a}.

Verweigert der Richter im konkreten Einzelfall die Anwendung des geltenden Rechts, so macht er sich einer Pflichtverletzung schuldig. Entsprechend den zwei Arten von Justizgewährungsrechten oder -ansprüchen lässt sich auch die richterliche Pflichtverletzung unterteilen:

- Das R e c h t a u f f o r m e l l e J u s t i z g e w ä h r u n g besagt, dass ein Justizgewährungsgesuch des Privaten (die Klage) vom Richter zu prüfen und zu erledigen ist, letzteres, sofern die verfahrensrechtlichen Bedingungen, z.B. die Prozessvoraussetzungen, erfüllt sind.

Eine f o r m e l l e Justiz- oder R e c h t s v e r w e i g e r u n g liegt dann vor, wenn der Richter sich weigert oder es unterlässt, gemäss seiner Amtspflicht überhaupt tätig zu werden¹¹.

-
- 10a "Die richterliche Tätigkeit setzt immerhin nicht notwendig einen Rechtsstreit voraus; sie kann zu entfalten sein, wenn sich der Beklagte der Klage nicht widersetzt oder sich am Verfahren nicht beteiligt", Guldener S. 31 f..
- 11 Fleiner/Giacometti, S. 418; zur formellen Rechtsverweigerung im einzelnen s. H.U. Vetsch, Die Rechtsverweigerungsbeschwerde im st. gallischen Zivilrechtspflegegesetz, Diss. Zürich 1958, § 14 S. 108 ff.; vgl. auch Popper S. 75 f. (und dort zitierte Literatur), der das Recht auf Justizgewährung als subjektives öffentliches Recht bezeichnet, eine Auffassung, die heute überholt sein dürfte, s. Guldener S. 194 f. und Habscheid S. 3 und 5; Fuchs, Josef: Die formelle Rechtsverweigerung, Diss. Zürich 1951 S. 84 ff., insbesondere S. 88. Der von Fuchs verwendete Begriff "Rechtsschutzanspruch" ist tunlichst zu vermeiden, da er zufolge verschiedener Definierung Anlass zu Verwirrungen gibt. So gibt es in der deutschen Lehre kontroverse Ansichten über den Rechtsschutzanspruch. Mit Guldener ist sicher dann die Existenz eines Rechtsschutzanspruches als Voraussetzung zu negieren, wenn darunter der Anspruch des Rechtsuchenden auf eine ihm günstige Entscheidung verstanden wird: s. Guldener S. 194 f. und dort in N. 12 angegebene Literatur; s. auch Schönke/Kuchinke S. 7 a.E.. Die Feststellung, ob der Kläger mit seiner Rechtsbehauptung tatsächlich Recht behält, geht schlussendlich erst aus dem Urteil über die Sache selbst hervor.

- R e c h t a u f m a t e r i e l l e J u s t i z g e w ä h r u n g bedeutet, dass auf ein prozessordnungsgemäss gestelltes Gesuch des Privaten nach Massgabe des materiellen Rechts ein Entscheid über die Sache selbst gefällt werden m u s s, welcher der materiellen Rechtskraft fähig und vollstreckbar ist und nicht auf Willkür basiert.
- Umgekehrt liegt eine m a t e r i e l l e Justiz- oder R e c h t s - v e r w e i g e r u n g vor, wenn der Richter das materielle Recht derart falsch (willkürlich) anwendet, dass es im Endergebnis "einer Nichtanwendung formellen Rechts, einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt"¹².

Die richterliche Pflicht zur ausnahmslosen (materiellen und formellen) Rechtsanwendung leitet sich aus dem Willkürverbot von Art. 4 BV ab¹³; die Rechtsgrundlage dieser Pflicht ist also mit Popper¹⁴ im Gleichheitsartikel der Bundesverfassung verankert.

2. Rechtshängigkeit und Richterpflicht zur Rechtsanwendung

Die schweizerischen Zivilprozessordnungen legen wohl fest, dass der Richter das materielle Recht des Bundes und der Kantone von Amtes wegen anzuwenden hat¹⁵. Daneben obliegt dem Gericht die Leitung des Prozessverfahrens. Vereinzelt wird es auch ausdrücklich gehalten, Prozesse beförderlich zu erledigen¹⁶. Die Gesetze sprechen sich aber nicht darüber aus, wann diese Richterpflicht im konkreten Einzelfall genau auflebt.

12 Fleiner/Giacometti S. 421.

Dass stets ein objektiv richtiger Entscheid zu ergehen hat, ist weder möglich noch nötig, da das Prozessergebnis weitgehend von der Sorgfalt in der Prozessführung und von der Beweisbarkeit rechtserheblicher Tatsachen abhängt (Guldener S. 57 f.).

13 Fleiner/Giacometti S. 417 f.; Hauser S. 537.

14 Popper S. 73.

15 Zürich 57; Bern 89; Luzern 230; Uri 98, 109; Schwyz 53; Obwalden 57; Nidwalden 54; Glarus 235; Zug 55; Freiburg 6; Solothurn 60; Schaffhausen 145; Appenzell Ausserrhoden 92; Appenzell Innerrhoden 116; St. Gallen 177; Thurgau 120; Waadt 1; Neuenburg 70.

16 Z.B. Zürich 53. Vgl. Guldener S. 180.

Das Korrelat zu dieser Richterpflicht ist das Verbot der Rechtsverzögerung. Rechtsverzögernd wirkt sich z.B. eine ungerechtfertigte Sistierung des Prozessverfahrens aus, doch kann sie auch als Rechtsverweigerung aufgefasst werden (s. Guldener S. 539).

Der Zeitpunkt, ab welchem die Richterpflicht zur Rechtsanwendung bzw. Rechtssprechung akut wird, lässt sich leichter durch Umkehr der Fragestellung ermitteln: Ab welchem Moment kann sich der Richter erstmals eine Pflichtverletzung im Sinne einer Rechtsverweigerung zu Schulden kommen lassen? - Bevor der Richter von einem Kläger angerufen wird, kann er auch nicht und gegenüber niemandem Recht verweigern. Er kann dies erst dann, wenn er vom Rechtsstreit gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist. Diese Vorkehr trifft der Kläger, sei es durch Einreichung der Weisung, Klage oder Klageschrift. "Durch Parteihandlung wird der Beginn des Prozesses bestimmt"¹⁷. Dieser klägerische Akt ist aber nach den meisten Zivilprozessordnungen in der Schweiz massgeblich für den Eintritt der R.¹⁸. Wenn gleich die Richterpflicht zur Rechtsanwendung anfänglich nur die Anwendung formeller Vorschriften betrifft (z.B. Eintragung der Klage ins Register, Mitteilung an den Beklagten oder Vorladung der Parteien usw.), dauert sie doch bis zur rechtskräftigen Prozesserledigung. Und während dieser Zeit - nämlich der R. - hat der Richter auch die Vorschriften des materiellen Rechts anzuwenden. Demzufolge ist die Richterpflicht zur Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall eine Wirkung der R.. Habscheid¹⁹ schreibt dazu: "Une fois saisi, le juge doit trancher le litige. Il doit rendre un jugement strictement conforme aux règles du droit privé et de la procédure civile". Auch wenn der Prozess "nur" durch Prozessentscheid erledigt wird, besteht doch während der R. eine umfassende Richterpflicht zur Rechtsanwendung in dem Sinne, dass der Entscheid unter Einhaltung der zivilprozessualen und privatrechtlichen Vorschriften zu ergehen hat. Demzufolge kann im konkreten Einzelfall diese Richterpflicht zur Rechtsanwendung als Wirkung der R. bezeichnet werden²⁰.

Dass diese Richterpflicht n a c h d e r R., d.h. nach der rechtskräftigen Prozesserledigung, nicht mehr weiter besteht, bedarf keiner weiteren Erörterung.

17 Guldener S. 148.

18 Vgl. im Anhang Tab. I und II. Zur Voraussetzung der ordnungsgemäss erfolgten Anhängigmachung s. oben § 3 IV 2.

19 Habscheid S. 6.

20 Vgl. Guldener S. 230 N. 2.

Hingegen stellt sich die Frage, ob nicht auch der Sühnbeamte von ihr betroffen wird, m.a.W. die Richterpflicht im Einzelfall schon *v o r B e g i n n d e r R.* auflebt. - In der Tat trifft auch ihn eine gewisse Pflicht zur richterlichen Tätigkeit. Sie ist aber umfangmässig, verglichen mit derjenigen des erkennenden Richters, bedeutend geringer. Entsprechend dem Sinn des Sühnverfahrens bleibt sie mehr formeller Art (z.B. Vorladung zur Sühnverhandlung, Ausstellung der Weisung usw.). Zu materieller Rechtsfindung ist der Friedensrichter nicht gehalten²¹.

Da die Mehrzahl der Zivilprozessordnungen in der Schweiz zwar ein von der R. ausgeklammertes Sühnverfahren kennen, der Sühnbeamte aber nur in stark reduziertem Masse zur richterlichen Tätigkeitsentfaltung verpflichtet ist, kann die *v o l l e* Richterpflicht zur Rechtsanwendung (in materieller und formeller Hinsicht) im konkreten Einzelfall gleichwohl generell als Wirkung der R. bezeichnet werden. In diesem Sinne erfährt sie aber im vorgängigen Sühnverfahren eine gewisse Erweiterung hinsichtlich der Pflichten des Friedensrichters.

21 Es sei denn, der Rechtsstreit falle in seinen (geringen) Kompetenzbereich.

AN H A N G

TABELLE I

TABELLE I
Beginn der Rechtshängigkeit
in Prozessverfahren ohne vorausgehendes Sühnverfahren

ZPO	Einreichung der Klage schriftl. beim Gericht	Bemerkungen	Einreichung des Begleichens um Vorladung des Beklagten	Zustellung oder Mittelung der formge- recht eingereichten Klage an den Beklagten	Bemerkungen
Bund	21	schriftl. od. mündl. nach 105 (vgl. 4ff., 130 Abs. 1) (vgl. 20) (vgl. 70) (vgl. 117) (vgl. 6) 160, 161 23, 165, 167 119 lit. b 86 151, 160	294 Abs. 3 93 lit. a	53 51 113	vgl. 107
Zürich	105, 104				
Bern	160				
Luzern	102				
Uri	134				
Schwyz	92 ff.				
Obwalden	70				
Nidwalden	81				
Glarus	125 lit. b				
Zug	56, 133 Abs. 3				
Freiburg	f. Ehescheidungs-od. Trennungsklagen (BJM 1964 S. 103)				
Solothurn	118	160 118 147 Abs. 2 213 64 160, 161 23, 165, 167 119 lit. b 86 151, 160	99 lit. b	(BJM 1963 S. 93) 36	.
Basel-Stadt	147 Abs. 2				
Basel-Land	213				
Schaffhausen	64				
Appenzell A.-Rh.					
Appenzell I.-Rh.					
St. Gallen					
Graubünden					
Aargau					
Thurgau					
Tessin					
Vaud					
Wallis					
Neuenburg					
Genf					

* Zustellung der Vorladung aber im mündlichen Verfahren

TABELLE II

TABELLE II Beginn der Rechtshängigkeit in Prozessverfahren mit vorausgehendem Sühnverfahren

	Anmeldung der Klage (bzw. Einreichung des Vermittlungsbegehrens) bei der Sühninstanz - oder Vorladung zur Sühnverh.	Einreichung der Weisung (Leitschein/Akzessschein) und der Klageschrift beim Gericht	Einreichung d. Weisung beim Gericht	Bemerkungen
2) PO				
1) BUND				
ZH			102 Abs. 1	
BE	144 Abs. 2 (ZBJV 90 S. 189)		102 Einreichung der Klageschrift/93 lit. a: Vorladungsbeg.	
3) LU		134, 124, 130 (nicht etwa 116 III)	91	Mitteilung an die Gegenpartei
UR		53, 115, 124		
SZ		70, 110, 115		
3) OW		81		
3) NW	51			
GL				
ZG				
2) FR	125 lit. a	56, 122 Abs. 3, (133 Abs. 3)		ev. Ausstellung der Weisung (125 lit. a)**
SO				
1) BS				
BL			159, 160	Ausstellung des Akzessscheines **
SH	*			
AR				
AI		213	137 + Begehren um Prozesseinschreibung ***	
SG	64 Abs. 1			
GR				
AG				
TG				
2) TI	119 lit. a			113: Zustellung der Klage an den Beklagten
2) VD	127 Abs. 3 (s. Bemerkungen)	86: Einreich. der Klage (vgl. 132, 137 f.)		148: Einlassung in den Rechtsstreit **
2a) VS				167: Einreichung der Klage (schrift)
1) NE				127: für Ehescheidungs- u. Trennungsklagen
GE	71 Abs. 2, 57 f.			s. Habscheid S. 248

1) kein vorgängiges Sühnverfahren 2) Sühnverfahren ist im allg. nur fakultativ 2a) Sühnverfahren fakultativ, wenn der Kläger nicht im Kt. Wallis Wohnsitz hat. Vgl. auch Genf 52.

3) s. oben § 3 III 1. lit. c N. 37

* nach Auskunft des Obergerichtsschreibers in Trogen.

** Erfolgloser Abschluss des Sühnversuchs: Für den Kt. Thurgau s. Böckli, Komm., zu § 148; Helg S. 13 ff. und S. 93; Guldener S. 231 N. 4; Walder, Zivilprozess S. 291 N. 2. Für den Kt. Basel-Land s. Weibel S. 105 ff., ineb. S. 110 ff.

*** (allenfalls inkl. Zahlungsbefehl)

TABELLE III

TABELLE III

Übersicht betreffend die in den einzelnen Gesetzen ausdrücklich erwähnten

Wirkungen der Rechtshängigkeit

ZPO	Fixierung der Gerichtszuständigkeit 1) (perpetuatio fori)	bezügl. dem allg. Verbot der Klageänderung	bezügl. dem Verbot, den Streitgegenstand zu verändern	Anspruchsverlust bei Klagerückzug (s. oben § 11)	Verhinderungsmöglichkeit eines weiteren gleichgerichteten Prozesses
Bund	21	107 Ziff. 1	107 Ziff. 3	107 Ziff. 4	22
Zürich	16 f.	94			107 Ziff. 2
Bern					160 Ziff. 3
Luzern	102 lit. b		102 lit. a		135 Abs. 2
Uri	16	135 Abs. 1	135 Abs. 3		96 Ziff. 2
Schwyz	54 lit. c	96 Ziff. 1	96 Ziff. 3	96 Ziff. 4	54 lit. a
Obwalden	70 Ziff. 4	133	54 lit. b	54 lit. d, 134	
Nidwalden	(9)	70 Ziff. 2	70 Ziff. 1		
Glarus	82 Ziff. 2	52 Ziff. 1	82 Ziff. 4		82 Ziff. 1
Zug	126 lit. b	(63)			126 lit. a
Freiburg		(144)			57 lit. d
Solothurn		(79)			58 Ziff. 3
Basel-Stadt					
Basel-Land					
Schaffhausen	(39)	161 Ziff. 3	161 Ziff. 2	161 Ziff. 3	161 Ziff. 1
Appenzell A.-Rh.					126 Ziff. 1
Appenzell I.-Rh.		108			109
St. Gallen		(175)			281 Ziff. 4
Graubünden	65 Ziff. 1		65 Ziff. 2		
Aargau	113 lit. d		113 lit. b		
Thurgau	23 Abs. 1	74 ff.			
Tessin					
Waadt		88			114
Valais					23
Neuchâtel		160 Abs. 2	87 Ziff. 2	87 Ziff. 3	120
Genève				160 Abs. 2	87 Ziff. 1
					(160 Abs. 2)

1) Nach einigen Kantonen beginnt die Fixierung der Gerichtszuständigkeit schon vor Eintritt der R., z.B. Schaffhausen 73, Appenzell I.-Rh. 35, St. Gallen 97, Thurgau 20.

Fortsetzung

TABELLE III

Fortsetzung TABELLE III

ZPO	Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage	bezügl. der Sachlegitimation bei Veräusserung des Streitgegenstandes	Sachlage zur Zeit des R.-Eintritts ist massgebend für das Urteil	Unterbrechung von Verjährung und Ersitzung
Bund Zürich Bern Luzern Uri Schwyz Obwalden Nidwalden Glarus Zug Freiburg Soleothurn Basel-Stadt Basel-Land Schaffhausen Appenzell A.-Rh. Appenzell I.-Rh. St. Gallen Graubünden Aargau Thurgau Tessin Waadt Wallis Neuenburg Genf	160 Ziff. 2 (vgl. 70 Ziff. 3) 52 Ziff. 2 82 Ziff. 3 57 lit. b (36 Abs. 2) 96 27 54	21 103 135 Abs. 3 82 Ziff. 4 126 lit. c 57 lit. c (161)	 52 Ziff. 3 65 Ziff. 3	160 Ziff. 1 70 Ziff. 5 82 Ziff. 3 57 lit. a 113 lit. c

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 25. Februar in Zürich, als Bürger von Gaiserwald und Waldkirch SG, geboren. Die Primarschule besuchte ich in Zürich und anschliessend in Trogen das kant. Gymnasium, welches ich im Herbst 1969 mit der Matura Typus B verliess.

Es folgte die Immatrikulation an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 5. März 1975 bestand ich das Lizentiat. Das Studium wurde häufig durch Militärdienstleistungen unterbrochen.

Vom 1. Oktober 1976 bis zum 31. Dezember 1977 war ich am Bezirksgericht Affoltern als Auditor tätig. Es folgte die Arbeit an der vorliegenden Dissertation. Mitte September 1978 verheiratete ich mich mit Fräulein Katharina Farner. Im Januar 1980 trat ich als Mitarbeiter in die Schweizerische Bankgesellschaft ein.

Die Promotion zum Doktor erfolgte am 18. Februar 1981.

